الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة أمحمد بوقرة بومرداس

كلية الحقوق والعلوم السياسية

بودواو

Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche scientifique

Université M'hamed Bouguerra Boumerdès

Faculté de droit et Sciences Politiques Boudouaou

مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة ماستر قانون خاص معمق:

مقياس قانون المعاملات الإلكترونية

من إعداد:

الدكتورة ربحي تبوب فاطمة الزهراء

أستاذة محاضرة –أ–

السنة الجامعية: **2021/2020**

الجـمهوريـــة الجزائريـــة الديمقراطيـة الشعبيـة

République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أمحمد بوقرة بومـرداس
كلية الحقوق والعلوم السياسية
بودواو

Ministère de l'enseignement supérieur
et de la recherche scientifique
Université M'hamed Bouguerra
Boumerdès
Faculté de droit et Sciences Politiques
Boudouaou

مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة ماستر قانون خاص معمق:

مقياس قانون المعاملات الإلكترونية

من إعداد:

الدكتورة ربحي تبوب فاطمة الزهراء

أستاذة محاضرة –أ-

السنة الجامعية: 2021/2020

المقدمة

مقدمـــة

بداية من العشرية الأخيرة من الألفية المنصرمة شهد عالمنا تطور هائل في ميدان التقنية الإلكترونية[1] والاتصالات التي تستخدم هذه التقنية وأصبح عالمنا يطلق عليه وصف عصر المعلومات والاتصالات الإلكترونية[2]، حتى قيل أننا على أعتاب ميلاد حضارة جديدة، تكون الغلبة فيها لمجتمع المعلومات والاتصالات، بديلة للمجتمع الصناعي الذي عاشت فيه البلدان المتقدمة خلال القرن الماضي.

حضارة المعلومات والاتصالات، ما هي إلا نتيجة مباشر للتطور التكنولوجي والتقني وظهور "شبكة معلوماتية عالمية تتشكل من مجموعة شبكات وطنية وإقليمية وخاصة" يطلق عليها الانترنت[3]، سمحت لأفراد المجتمع المعاصر باللجوء إلى المعاملة الإلكترونية الذاتية التي تسمح للمستفيد من الخدمة العامة أو للمستهلك خدمة نفسه بنفسه، فبدلا من تقديم الطلب إلى الموظف خلف المكتب أو التحدث إلى شخص عبر الهاتف لطلب معلومة، أو طلب استفسار، أو تقديم وثيقة، أو دفع مقابل سلعة أو خدمة، يتم الحصول على الخدمة أو السلعة عن طريق التفاعل الآلي بتبادل معلومات و وثائق رقمية بين طالب الخدمة والآلة.

بظهور المعاملات الإلكترونية[4] تراجع الاتصال المباشر والمتزامن بين المتعاملين في مختلف المجالات، كما نتج عنها تراجع المعاملات الورقية بشكل ملحوظ وتحسن أداء المرافق العمومية، وتحسن في المواعيد اللازمة لأداء الخدمة، وخفض التكاليف المرتبطة بإعداد وطبع الوثائق الورقية وتسليمها وحفظها، ما أزال عبأ كبيرا على المواطنين والمتعاملين وساهم في تخفيف عيوب البيروقراطية.

هذا التطور الهائل سمح على وجه الخصوص بالإسراع في إبرام وتنفيذ معاملات المختلفة فيما بين الأفراد وغيرهم وفيما بينهم وبين مختلف الجهات الإدارية والشركات التجارية وغيرها والتخلي تدريجيا عن المعاملات الورقية التي تنتج عن تلك المعاملات لإثبات حدوثها لصالح نظير إلكتروني أصبح يعرف ب: الحكومة الإلكترونية بمعنى الإدارة الإلكترونية[5]، والكتابة الإلكترونية، والوثائق الإلكترونية، والتجارة الإلكترونية، والعقود الإلكترونية، والبنوك الإلكترونية، ووسائل الدفع الإلكترونية... إلخ.

كشف هذا التطور أن القواعد القانونية الكلاسيكية المعمول بها، سواء في القانون الوطني أو في القانون الدولي، في المعاملات التي تتم بالطريقة الكلاسيكية وبواسطة الأوراق العادية لم تعد تفي بالغرض في البيئة الرقمية ما خلق حاجة ماسة لتغييرها لمواكبة المعاملات التي تتم في البيئة الرقمية دون الحضور المباشر لأطراف المعاملة ودون أن تكون بينهم سابق معرفة.

ورغبة الجزائر في مطابقة قوانينها على غرار باقي الدول لوضع إطار قانوني للانخراط في ركب التطور في مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال والاستفادة من مزايا المعاملات الإلكترونية، تجسيدا لما يطلق عليه الحكومة الإلكترونية والاقتصاد الرقمي، أصدر المشرع بداية من سنة 1998 ترسانة هامة من القوانين واللوائح التنظيمية لمطابقة المنظومة القانونية الوطنية مع البيئة الرقمية العالمية.

1- بحسب المادة 2 فقرة 3 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001، يقصد بمصطلح الكتروني تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو الكترومغناطيسية أو أي وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها.

2- بحسب المادة 10 بند 1 من القانون رقم 18-04 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، يقصد بالاتصالات الإلكترونية:"كل إرسال أو تراسل أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو معلومات مهما كانت طبيعتها عبر الأسلاك أو الألياف البصرية أو بطريقة كهرومغناطيسية"، ج.ر عدد 27 لسنة 2018.

3- الفقرة 5 من المادة القانونية السابقة.

4- المعاملة الإلكترونية تعرف أنها:" أي إجراء أو عقد يبرم أو ينفذ كليا أو جزئيا بواسطة رسائل إلكترونية"، وعليه تعد البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات والرموز وقواعد البيانات وبرامج الحاسوب من المعلومات التي يمكن تبادلها إلكترونيا، بحيث ترسل هذه المعلومات عندما يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها أو ما شابه تلك الوسائل بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية. وقد تكون المعاملة الإلكترونية متعلقة بالأعمال التجارية أو المدنية أو العلاقات التي تتم مع أية جهة حكومية.

سارة قالي، دور قانون المعاملات الإلكترونية في تفعيل الاقتصاد الرقمي، مذكرة ماستر كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية و علوم التسيير، جامعة أم البواقي، 2013 - 2014، ص 40.

5- باللغة الفرنسية: l'administration en ligne أو l'administration électronique أو administration publique électronique

وكان ذلك بإصدار نصوص قانونية تنظم المعاملات الإلكترونية في مجالات متنوعة ومختلفة، منها مجالات المعاملات الإدارية، والمعاملات المدنية، والتجارية وغيرها. بادر المشرع الجزائري في سنة 1998باصدار تنظيم يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها[1]، ثم قانون يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و بالمواصلات السلكية و اللاسلكية[2]، التي تشكل الهيكل الرئيسي وقاعدة دعم ضرورية للمعاملات الإلكترونية في الفضاء السيبيرالي (Cyberespace)، ليستبدله سنة 2018 بقانون يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية[3]، وقبل ذلك كرس المشرع نظام الدفع الإلكتروني من خلال القانون المتعلق بقانون النقد والقرض[4] واتبعه سنة 2005 عند تعديل القانون المدني بإقرار مبدأ المعادلة الوظيفية للإثبات بالكتابة الإلكترونية والإثبات بالكتابة على الورق[5]. وتم توفير الحماية الجزائية للمعلومات، ويقصد بها كل المعطيات المعالجة أو غير المعالجة، المحللة أو غير المحللة وكل وثيقة أو تقرير وكذا الاتصالات الأخرى بمختلف أشكالها بما فيها الإلكترونية ونسخها المحقق في صحتها والمصادق على مطابقتها، بموجب نص قانوني يتعلق بمكافحة التهريب[6].

إن المعاملات الإلكترونية تتم في فضاء افتراضي على شبكة الانترنت المفتوحة ما يسمح للغير الكشف عنها بل ويستطيع تزويرها والتلاعب في التواقيع، لذلك سن المشرع الجزائري قانون يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين[7]. وتتويجًا لمسار تكنولوجي متماسك قادته إطارات وطنية عالية الكفاءة، بالتعاون والتنسيق مع خبرات أجنبية بارزة من أجل تجسيد محاور المخطط الوطني للتصديق و التوقيع الإلكترونين المنبثق عن أحكام هذا النص، أشرف الوزير الأول يوم السبت 13 مارس 2021، على مراسم الإطلاق الرسمي لخدمات التصديق والتوقيع الإلكتروني بحضور أعضاء الحكومة وممثلي هيئات ومؤسسات الدولة، ضمن الإستراتيجية المتكاملة التي تبنتها الحكومة لتسريع عصرنة النشاط الإداري وتحسين أداء خدمة المرافق العمومية، بالاستناد إلى مزايا تكنولوجيات الإعلام و الاتصال، والتسهيلات التي تتيحها في مجال تبسيط وتحسين الإجراءات الإدارية[8].

وكون المعاملات التجارية في العالم أصبحت تتميز باستعمال وسائل الاتصال الإلكترونية كان من الضروري أن يتخذ المشرع الجزائري استجابة لهذا الواقع خطوات هامة لتكييف المنظومة القانونية الجزائرية مع واقع التجارة الإلكترونية في العالم، لذلك أصدر سنة 2018 قانون خصصه للتجارة الإلكترونية[9]. ونظرا لأهمية تفاصيل الحياة اليومية لكل شخص طبيعي، كمصدر معلومات ذي قيمة مالية يعتمد عليها في التجارة الإلكترونية والاقتصاد الرقمي، سن قانون يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي[10].

---

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998، المتضمن ضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها، ج ر عدد 63 لسنة 1998، المعدل والمتمم بمرسوم تنفيذي رقم 2000-307 المؤرخ في 15 رجب عام 1421 الموافق 14 اكتوبر سنة 2000، ج ر عدد 60 لسنة 2000.

[2]- القانون رقم 2000-03 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1421 الموافق 5 غشت سنة 2000، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر عدد 48 لسنة 2000. الملغى بالقانون رقم 18-04 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج ر عدد 27 لسنة 2018.

[3]- القانون رقم 18-04 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية، ج ر 27 لسنة 2018.

[4]- القانون رقم 03-15 المؤرخ في 29 شعبان عام 1424 الموافق 25 أكتوبر سنة 2003، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 والمتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 64 لسنة 2033 وج ر عدد 52 لسنة 2003. وقد عدل وتمم هذا الأمر بالأمر رقم 10-04 المؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق 26 غشت سنة 2010، ج ر عدد 50 لسنة 2010 كما تمم بالمادة 68 من القانون رقم 13-08 المؤرخ في 27 صفر عام 1435 الموافق 30 ديسمبر سنة 2013، المتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر عدد 68 لسنة 2013.

[5]- القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم القانون المدني،ج ر عدد 44 لسنة 2005.

[6]- القانون رقم 17-05 المؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1426 الموافق 31 ديسمبر سنة 2005، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-06 المؤرخ في 18 رجب عام 1426 الموافق 23 غشت سنة 2005 والمتعلق بمكافحة التهريب، ج ر عدد 02 لسنة 2006 وج ر عدد 59 لسنة 2006. عدل وتمم هذا النص القانوني بالأمر رقم 09-06 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006، ج ر عدد 47 لسنة 2006، ثم بالمواد 61 و72 من القانون رقم 06-24 مؤرخ في 6 ذي الحجة عام 1427 الموافق 26 ديسمبر سنة 2006، المتضمن قانون المالية لسنة 2007، ج ر عدد 85 لسنة 2006. وبالمواد 33، 36 من الأمر رقم 10-01 مؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق 26 غشت سنة 2010، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر عدد 49 لسنة 2010

[7]- القانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر عدد 06 لسنة 2015.

[8]- الوزارة الأولى wwww.premier-ministre.gov.dz تاريخ الاطلاع: 19 مارس 2021 سا 11: 35 د.

[9]- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28 لسنة 2018.

[10]- القانون رقم 18-07 المؤرخ في 10 يونيو 2018، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج ر عدد 34 سنة 2018.

بهدف تحقيق الأمن في مجال المعاملات الإلكترونية، تم إصدار مرسوم رئاسي سنة 2020 خصص لوضع منظومة وطنية لأمن الأنظمة المعلوماتية[1]

تتكفل بإعداد إستراتيجية شاملة في هذا المجال. كل النصوص السابقة وغيرها تغطي مجالات عدة تندرج ضمن سياسة تسريع دخول الجزائر نحو الاقتصاد الرقمي المبني على المعرفة وإرساء جو من الثقة من شأنه أن يفضي إلى تعميم وتطوير المعاملات الإلكترونية والرقمنة في بلادنا على المدى المتوسط والبعيد لتحقيق الانفتاح الاقتصادي على العالم ومواكبة التطورات على الساحة الدولية.

وبما أن هذه المطبوعة موسومة بعنوان:" قانون المعاملات الإلكترونية" موجهة لطلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون خاص معمق سوف نكتفي بدراسة مظاهر المعاملات الإلكترونية المتعلقة بالقانون الخاص دون القانون العام، وهي: قانون المعاملات التجارية الإلكترونية، قانون العقود الإلكترونية، إثبات المعاملات الإلكترونية (التوقيع والتصديق الإلكترونيين)، والدفع الإلكتروني.

من أجل توضيح الإطار القانوني لهذا النوع من المعاملات الإلكترونية، تم الاعتماد على المنهج التحليلي الوصفي وفق الخطة التالية:

فصل تمهيدي: مدخل لقانون التجارة الإلكترونية

الباب الأول: قانون العقود الإلكترونية

الفصل الأول: مرحلة التفاوض الإلكتروني

الفصل الثاني: مرحلة التعاقد الإلكتروني

الباب الثاني: إثبات المعاملات الإلكترونية وتنفيذها

الفصل الأول: إثبات المعاملات الإلكترونية

الفصل الثاني: تنفيذ المعاملات الإلكترونية.

خاتمة

[1]-المرسوم الرئاسي رقم 20-05، المؤرخ في 20 جانفي 2020، المتعلق بوضع منظومة وطنية لأمن الأنظمة المعلوماتية، ج ر عدد 04 سنة 2020.

الفصل التّمهيدي: مدخل لقانون التّجارة الإلكترونيّة

فصل تمهيدي: مدخل لقانون التجارة الإلكترونية

انبثق عن وسائل الاتصال الحديثة مفهوم جديد وهو التجارة على الخط أو التجارة الإلكترونية، وسرعان ما ذاع وانتشر هذا المفهوم في شتى الأوساط (الاقتصادية، الاجتماعية، والقانونية)، فارضا نفسه بقوة رغم ما يحيط بهذه التجارة الإلكترونية من تساؤلات بسبب خصوصيتها ووضعها القانوني.

باعتبار التجارة الإلكترونية ترتبط وجودا وعدما بتقنية نقل المعلوماتية فهذه الأخيرة هي أداة تحقيق الأولى، هذا يتطلب منا التعرض في البداية لمفهوم الانترنت وخصائصها (المبحث الأول)، ثم نتعرض للإطار المفاهيمي لتجارة الإلكترونية ومراحل تطور تطبيقاتها وأشكالها (المبحث الثاني)، وأخيرا نتعرض لتطور تشريع التجارة الإلكترونية في الجزائر وشروط ممارستها في ظل قانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية (المبحث الثالث).

المبحث الأول: مفهوم الانترنت وخصائصها

للوقوف على أهم الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية يتطلب الإلمام بالجانب التقني لتكنولوجيا الانترنت، فالقاعدة القانونية كما يقول أحد الباحثين الفرنسيين تفقد الكثير من مواءمتها إذا أغفلت الجانب الفني[1]. وعليه سنتعرض لتعريف الانترنت وسبب انتشارها (المطلب الأول)، ثم نتعرض لأهم خصائص شبكة الانترنت (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الانترنت وسبب انتشارها

الانترنت كلمة إنجليزية الأصل تتكون من كلمتين هما: (INTER) و(NET)، وتعني الكلمة الأولى الاتصال أو البنية، أما الثانية فتعني الشبكة، وإذا جمعنا الكلمتين معا فإن المعنى الكامل المتحصل هو الشبكة المتصلة أو البينية[2]. ويمكن تعريفها أنها شبكة الاتصالات العالمية التي تربط الملايين من الحاسبات بعضها ببعض إما عن طريق خطوط الهواتف، وإما عن طريق الأقمار الاصطناعية والتي يستخدمها مستخدمو الحواسيب حاليا على مدار الساعة في معظم أنحاء العالم وخاصة في الجامعات ومعاهد البحث العلمي والشركات الكبرى والبنوك والمؤسسات الحكومية[3].

عرف المشرع الجزائري كل من الانترنت وشبكة الاتصالات الإلكترونية والاتصالات الإلكترونية بالمادة 10 من المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية[4]، كما يلي:

الانترنت: شبكة معلوماتية عالمية تتشكل من مجموعة شبكات وطنية وإقليمية وخاصة، موصولة فيما وتعمل معا بهدف IP بينها عن طريق بروتوكول الاتصال تقديم واجهة موحدة لمستعمليها.

شبكة الاتصالات الإلكترونية: كل منشأة أو مجموعة منشآت تضمن إما إرسالا، أو إرسال وإيصال إشارات إلكترونية، وكذا تبادل معلومات التحكم والتسيير المتصلة بها، ما بين النقاط الطرفية لهذه الشبكة، وعند الاقتضاء، الوسائل الأخرى التي تضمن إيصال الاتصالات الإلكترونية، وكذا التحويل والتوجيه. وتعد شبكات اتصالات إلكترونية خصوصا: شبكات الأقمار الصناعية والشبكات الأرضية والأنظمة التي تستعمل الشبكة الكهربائية شريطة أن تستعمل لإيصال الاتصالات الإلكترونية.

الاتصالات الإلكترونية: كل إرسال أو تراسل أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو معلومات مهما كانت طبيعتها، عبر الأسلاك أو الألياف البصرية أو بطريقة كهرومغناطيسية.

---

[1] - C BLAISE le commerce électronique entre professionnels en réseau ouvert INTERNET, mémoire de D E A, Université paris V Faculté de droit ? 1996- 1997, p 4.

[2]- هشام محمد القطان، التجارة الإلكترونية استثمار مضمون، اقتصاديات، الرياض، العدد 47، سنة 2000، ص 80.

[3]- محمد نيمور عبد الحسيب، الحاسبات الإلكترونية وتكنولوجيا الاتصال، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة2000، ص 56.

[4]- القانون رقم 18-04 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج.ر عدد 27 لسنة 2018.

إرتبط ظهور شبكة الانترنت في أواخر الستينات بوزارة الدفاع الأمريكية عندما عهدت بمهمة إنشاء شبكات حواسيب يرتبط بعضها ببعض إلى وكالة مشروع الأبحاث المتقدمة (DAPRA) لخدمة عمليات التأهب السريع للقوات المسلحة الأمريكية خوفا من الهجوم النووي المباغت في إبان الحرب الباردة بين المعسكرين الشرقي والغربي، فكانت نتيجة هذا المشروع هي شبكة الانترنت، ونحو توسيع الشبكة تم ربط الجامعات الكبرى بها، بعد أن تم إنشاء خمسة مراكز للحاسبات الفائقة (Super Calculators) التي سمحت للمجتمع العلمي بالدخول إلى كافة المعلومات المخزنة على الشبكة. وسعيا وراء زيادة نطاق الشبكة، تم إنشاء ما يعرف بلوحة نشاطات شبكة الانترنت (IAB) وذلك في عام 1983[1].

ويرجع سبب انتشار الانترنت إلى قلة كلفة هذه الوسيلة إذا ما قورنت بوسائل الاتصال الأخرى من هاتف وفاكس وتلكس...، واستعاضتها عن الورق في الكتابة، فضلا عن براعتها في دمج خصائص الوسائط المتعددة (MultiMedia) من تلفاز وهاتف وحاسوب معا (صورة، صوت، نص)، وبالنتيجة إيجادها طريق المعلومات السريع وتوفيرها إمكانات مذهلة للحصول على المعلومات والتواصل والتفاعل بين البشر أينما كانوا وأينما وجدوا متجاوزة تماما حدود المكان والزمان.

يمكن القول أن الانترنت هي شبكة الاتصالات التي تربط العالم كله تقريبا، والتي جاءت على يد المؤسسة العسكرية الأمريكية والمكونة من عدة أجزاء: الحاسبات وقطع التوصيل بينها، البرامج التي تعمل على استخراج المعلومات وإدخالها من الحاسبات وإليها، مع وجود إنسان يعمل من وراء هذه الآلات يؤمن صيانتها وتواصلها. وبفضل الانترنت أمكن الولوج إلى عالم المعلومات من قبل أي شخص في أي لحظة وفي أي مكان في العالم.

يرجع ازدهار الانترنت وانتشارها إلى عاملين فنيين، أولهما استحدث في عام 1973 إذ تمكن الباحثان Bob khan وVinton Cerf من وضع لغة موحدة Protocol تسمح لأي جهاز أي كانت اللغة التي يستخدمها بإمكانية تبادل المعلومات مع الأجهزة الأخرى المتواجدة على الشبكة. وبربط الشبكات المنعزلة بعضها البعض من خلال قنوات وصل passerelles أصبح من الممكن نقل معلومات كل شبكة فردية إلى الشبكات الأخرى. أهم الجوانب الملموسة لهذه اللغة الموحدة هو بروتوكول الانترنت Internet Protocol «IP» وبروتوكول نقل المعلومات «TCP» Transmission Control Protocol وتنحصر مهمة بروتوكول TCP في نقل المعلومات ما بين جهازين متواجدين على شبكة الانترنت، إذ يقوم بتقسيم هذه المعلومات إلى أجزاء أو حزم Paquets تسمى Datagram، ويعطي لكل حزمة رقم، وعلى نمط الخطاب البريدي تحتوي كل حزمة معلوماتية على بطاقة هوية تتضمن عدة معلومات من بينها عنوان جهاز المرسل إليه. وهكذا يقوم مستخدم شبكة الانترنت بتوجيه طلب معلوماتية عبر جهازه فيقوم الجهاز المعني بالطلب بإعداد المعلومات وبثها عبر الشبكة فتسلك هذه المعلومات أو بمعنى أصح كل حزمة من المعلوماتية أقصر وأسرع الطرق لتصب في نهاية المطاف في مصدرها النهائي لتأخذ شكلها.

أما مهمة بروتوكول الانترنت IP فتنحصر في تحديد الطريق الذي تسلكه حزم المعلوماتية routage من جهة، وتحديد السرعة القصوى لنقل المعلومات من جهة أخرى، فهذا البروتوكول هو الذي يعطي لكل حزمة معلوماتية بطاقة الهوية التي تشتمل على عنوان جهاز الإرسال وعنوان جهاز الاستقبال.

أما العامل الثاني وراء ازدهار الانترنت فيرجع بلا شك إلى تصميم شبكة www سنة 1989 من قبل فريق من الباحثين على رأسهم Tim Berers Lee و Robert Cailliau من جهة أخرى، يعتبر العاملين الجوهريين الذين حولا أداة الانترنت إلى أداة شعبية سهلة الاستعمال وفي متناول الكافة، مما ساعد على انتشارها عبر أرجاء المعمورة بصورة تجاوزت كل التوقعات[2].

[1]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2017، ص 26-27.
[2]- منير عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى 2005، ص 6-7.

المطلب الثاني: خصائص شبكة الانترنت

من أهم خصائص شبكة الانترنت أنها شبكة مفتوحة (أولا)، عالمية (ثانيا)، غير متخصصة (ثالثا)، تعاونية (رابعا).

أولا: شبكة مفتوحة: شبكة الانترنت شبكة مفتوحة للكافة فهي ليست مملوكة لأحد، حيث صممت لتكون كذلك إذ ما هي في الواقع إلا محصلة ربط عدد من الشبكات العامة والخاصة بعضها البعض لتكون ما يشبه بيت العنكبوت. وتعد هذه الخاصية إحدى العوامل إن لم تكن أهمها على الإطلاق، الذي كان وراء نجاح وازدهار الانترنت. ففلسفة هذه التكنولوجيا كما بينها أحد أعمدتها Bob khan هو تجنب الإدارة المركزية، لأن وضع تلك الإدارة على رأس شبكة نقل معلوماتية يعني وضع حجر عثرة أمام الشبكة مستقبليا وجعلها في موضع ضعف دائم[1].

ثانيا: شبكة عالمية: الانترنت شبكة لا تعرف الحدود الجغرافية بين الدول وهذا ما يميزها عن بعض شبكات نقل المعلوماتية على النطاق الإقليمي مثل مركز المينيتيل (Minitel) في فرنسا. لقد شبه الانترنت بأنه عالم متكامل في حد ذاته أو قرية متكاملة سكانها عشرات الملايين مستخدمي الانترنت الذين يتواجدون في أن واحد على الشبكة يتبادلون الحديث سويا أو يتبادلون الرسائل الإلكترونية أو المستندات.

ثالثا: شبكة غير متخصصة: شبكة الانترنت غير مقصورة على نوع معين من الخدمة فلك أن تعرض ما تشاء وأن تطلع على ما تشاء وتخاطب من تشاء وهنا تثار مشكلة قانونية تتعلق بكيفية استخدام هذه التكنولوجيا على نحو لا يتعارض مع النظام العام والآداب.

رابعا: شبكة الانترنت مجانية قائمة على مبدأ التعاون: شبكة الانترنت مجانية ويجب هنا عدم الخلط ما بين مجانية الشبكة وما يسدده المستعمل من مقابل للوصول إلى الشبكة باشتراكه في مراكز الخدمات المتخصصة في هذا المجال، ففي واقع الأمر كل عارض خدمة يصل جهازه بالجهاز الأخر عن طريق قناة نقل يملكها جزئيا وتربط القنوات بعضها البعض لتكون ما يشبه بخلية العنكبوت، وحتى يؤدي هذا النظام مهمته فإننا نكون مضطرين أن نستخدم قنوات الأخرين ونترك الأخرين يستخدمون قنواتنا، لذلك قيل أن الانترنت تقوم على مبدأ تعاوني.

المبحث الثاني: الإطار المفاهيمي لتجارة الإلكترونية ومراحل تطور تطبيقاتها

تعتبر التجارة الإلكترونية من أكثر المعاملات الإلكترونية التي أثارت جدل قانوني في عصر المعلومات والاتصالات الإلكترونية وذلك بسبب خصوصيتها ووضعها القانوني الجديد وكيفية حمايتها من مخاطر التقنية العالمية والتكنولوجيا المتطورة. وعليه نتعرض في البداية للإطار المفاهيمي للتجارة الإلكترونية (المطلب الأول)، ثم نتعرض لمراحل تطور تطبيقاتها وأشكالها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للتجارة الإلكترونية

لتحديد مفهوم التجارة الإلكترونية يتعين عرض تعريف لها (الفرع الأول) وبيان خصائصها (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تعريف التجارة الإلكترونية

يتكون تعبير التجارة الإلكترونية من: كلمة التجارة التي تعبر عن نشاط اقتصادي يتم من خلاله تداول السلع والخدمات بين الحكومات والمؤسسات والأفراد وتحكمه قواعد ونظم متفق عليها، وكلمة الإلكترونية وهو توصيف مجال أداء النشاط التجاري باستخدام الأساليب والوسائط الإلكترونية المختلفة والمتنوعة من بينها شبكة الانترنت.

[1]- عمار عبد العزيز سلامة، مرجع سابق، ص 8.

يقصد بالتجارة الإلكترونية بيع وشراء وتبادل المنتجات والمعلومات عبر شبكات الحاسوب ومنها شبكة الانترنت، وهناك عدة وجهات نظر لتعريف مصطلح التجارة الإلكترونية، وأكثر التعريفات شيوعا للتجارة الإلكترونية هو تعريف منظمة التجارة العالمية للتجارة الإلكترونية الذي مفاده أنها:" التجارة التي تغطي الإنتاج والترويج والبيع والتوزيع من خلال شبكة الاتصالات وأدواتها مثل التليفون والفاكس وتبادل المعلومات والبريد الإلكتروني وشبكة الانترنت". واعتبرت هذه المنظمة أن التجارة الإلكترونية هي مجموعة من العمليات تشمل تأسيس الروابط التجارية وعقد الصفقات وتوزيع وتسويق وبيع المنتجات عبر وسائل إلكترونية[1].

يتضح أن هذا التعريف يعبر عن مضمون وحقيقة التجارة الإلكترونية إذ أنه يتفق مع مفهوم الأعمال التجارية في ظل قوانين التجارة الجديدة وهي العملية التي تتم بوسائل إلكترونية.

عرف المشرع الجزائري التجارة الإلكترونية من خلال المادة 6 من قانون 18-05 بأنها "النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية." من هذا التعريف نستنتج أن التجارة الإلكترونية تتسم بعدة خصائص تكون موضوع الفرع الموالي.

الفرع الثاني: خصائص التجارة الإلكترونية

- التلاقي بين الأطراف في التجارة الإلكترونية يكون عن بعد وهو ما نص المادة 6 فقرة 1 من قانون التجارة الإلكترونية المذكور أعلاه، بحيث ينعدم التلاقي المباشر بل يتم عن طريق شبكة الاتصالات.

- الاعتماد على ركائز إلكترونية في تنفيذ المعاملات دون أي وثائق ورقية.

- إجراء العديد من المعاملات بين عدد كبير من المشتركين في آن واحد وعلى موقع واحد مما يسهم في توفير الجهد والوقت والمال.

- يتم التعامل بين الطرفين في التجارة الإلكترونية بواسطة شبكة الاتصالات وما يميز هذه الطريقة هو وجود درجة عالية من التفاعل من غير وجود الطرفين في نفس الوقت على الشبكة.

- إمكانية بيع وشراء السلع الغير مادية من خلال شبكة الاتصالات.

المطلب الثاني: مراحل تطبيقات التجارة الإلكترونية وأشكالها

مرت تطبيقات التجارة الإلكترونية بعدة مراحل (الفرع الأول)، وأخذت أشكال متعددة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مراحل تطور تطبيقات التجارة الإلكترونية

بدأت تطبيقات التجارة الإلكترونية في أوائل السبعينات بالتحويلات الإلكترونية للأموال لكن من حيث مدى التطبيق لم يتجاوز المؤسسات التجارية العملاقة، في نفس فترة السبعينات أتى مفهوم تبادل البيانات إلكترونيا[2] الذي وسع تطبيق التجارة الإلكترونية من مجرد معاملات مالية إلى معاملات أخرى وامتدت التقنية من مؤسسات مالية إلى مؤسسات أخرى. بدأ انتشار البريد الالكتروني[3]مع العمل الشبكي (travail en réseau).

وزاد انتشاره في الأعمال منذ أوائل الثمانينات كبديل فعال وسريع للبريد التقليدي والفاكس ثم أصبح من أهم الأدوات التي يستخدمها رجال الأعمال والمؤسسات، إلى أن تحول الانترنت إلى أداة مالية وربحية

---

[1]- محمد ابراهيم عازي، الحماية الجنائية للخصوصية والتجارة الإلكترونية، مكتبة الوفاء القانونية للنشر، مصر 2014، ص 327.

[2]- عبد الحميد بسيوني، أساسيات وميادئ التجارة الإلكترونية، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر 2000، ص19.

[3]- يعد البريد الإلكتروني من أحدث طرق تبادل البيانات الإلكترونية، عن طريق رسائل إلكترونية اصطلح على تسميتها "رسالة البيانات"، التي تعرف بأنها:" تبادل وقراءة وتخزين معلومات في شكل رسائل معطيات بين الموزعات الموجودة في مواقع متباعدة، ويمكن المرسل أو المرسل إليهم قراءة الرسالة المبعوثة في وقت حقيقي أو في وقت مؤجل"

المرسوم تنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 ماي 2001، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من انواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر عدد 27 لسنة 2001.

في التسعينات وانتشارها ونموها ظهر مصطلح التجارة الإلكترونية، وقد مر استخدام الانترنت في التجارة الإلكترونية بمراحل ارتبطت بتطور التصفح والبرمجة واستخدامات الشبكة.

بدأت التجارة الإلكترونية على شبكة الانترنت برسائل قوائم البريد الالكتروني من أشخاص يبيعون مثلا سيارة أو منزل وكان المشتري يتصل بالبائع ويتفاوض معه عبر البريد، كما ظهرت أيضا تطبيقات بيع وشراء الأسهم وتذاكر السفر على الانترنت وعلى شبكة خاصة.

بانتشار شبكة الانترنت ثم ظهور ونمو شبكة ويب web خلال النصف الثاني من التسعينات بدأت الشركات تستخدم البريد الإلكتروني مع خدمات استعراض وإنشاء مواقع ويب لعرض أنشطتها ومنتجاتها ووسائل الاتصال بها.

استخدمت الشركات شبكة ويب لنشر الإعلان عن أنشطتها على مواقع في صفحات بسيطة لم تتضمن الدعم الفني ونتيجة تطوير وتحسين صفحات شبكة ويب قامت الشركات بإنشاء وتغيير وتحديث مواقع نشاطها فنشرت معلومات الأنشطة وبيانات المنتجات بالرسوم والصور مع وصلات للمنتجات وأقسام الإنتاج والدعم الفني والتراسل.

مع زيادة إمكانات الشبكة وتطورها وتطور تقنية البرمجة والاستعراض زادت مواقع وطرق ووسائل التجارة والبيع والتسويق، وانتقلت الأعمال من تبادل الرسائل والإعلان عن المنتجات إلى نشاط التسويق والترويج والبيع.

ومع تطور أدوات وبرامج إنشاء صفحات ويب وتزايد فهم الشركات لأهمية الانترنت واستخدمها في التبادل التجاري وجمع المعلومات حول الزائرين وحول رغباتهم واحتياجاتهم بدأت المواقع تتفاعل مع الزوار، واستخدمت برامج ووسائل زيادة سرعة النقل ووصلات مرجعية وصور ورسوم متحركة ووسائط متعددة لجذب انتباه المشاهد.

بتطور النظم التفاعلية وأدوات البرمجة **(Systèmes interactifs et outils de programmation)** التي تتفاعل مع مستخدم الشبكة والمواقع انتقلت المواقع من مرحلة الإعلانات إلى البيع باختيار البضائع ومراسلة البائع الذي يقوم بإرسال البضائع وتحصيل قيمتها عند تسليمها.

نظرا لافتقار الشبكة للتأمين والسرية وتفشي القرصنة وسرقة بطاقات الائتمان ومن أجل حماية معلومات المستخدم واستخدام الشبكة بفعالية أكبر في ترسيخ أنشطة التجارة الإلكترونية بدأت إجراءات تأمين وتوثيق مواقع الشبكة ووجود قواعد بيانات لحفظ معلومات العملاء واستخدام هذه المعلومات في تحديث قواعد بيانات الموقع، وبتطور تقنيات الاتصالات الشبكية والوصول إلى أدوات تأمين أمكن استخدام بطاقات الائتمان في دفع قيمة البضائع عبر الانترنت بشكل مؤمن.

بدأت الأعمال إلكترونية بين الشركات عبر الانترنت بحيث أضحى بالإمكان أن تنتقل إليها الصفقات التجارية بتفاصيلها وأعمالها الإدارية والوثائق، كوثائق التأمين وفواتير الشحن والعقود وأوامر التحويل البنكي وعروض الأسعار وغيرها، إلكترونيا بمفاهيم تختلف عن الطرق التقليدية.

نشأت الأسواق الرقمية كمواقع تلتقي فيها شركات مختلفة من المصنعين والمنتجين والموزعين وتجار التجزئة وموردي مكونات الإنتاج في صناعة أو النشاط بشبكة معلومات واحدة تحتوي على بياناتهم وتديرها شركة مستقلة تقوم بإظهار مؤشرات المعلومات والتقارير للمشتركين لتبادل المعلومات التجارية واستثمارها في عقد الصفقات بينهم.

ظهرت شركات التجارة دوت كوم **(Dot COM)**، كمواقع مستقلة متخصصة في التجارة الإلكترونية ليست تابعة لشركات الإنتاج ولا لشركات البيع بل هي نفسها شركات بيع تتخصص في تجميع

منتجات منتجين وعرضها على الانترنت ليقوم المستهلك بالتسوق والشراء من خلالها، وتحصل المواقع على نسبة من قيمة المبيعات التي تتم من خلالها[1].

الفرع الثاني: أشكال التجارة الإلكترونية

للتجارة الإلكترونية أكثر من شكل بناء على العلاقة بين أطرافها الرئيسية وهي:

1- التجارة بين شركات الأعمال

تشمل هذه الفئة كافة أشكال العمل والتبادل بين الشركات، والتي تتم بوسائل إلكترونية كإجراء المفاوضات وتبادل المعلومات والبيانات ومن ثمة إبرام العقود التجارية وفقا لقواعد تقنية وقانونية محددة سلفا[2]. مثال على هذه الفئة، تقديم طلبات الشراء إلى الموردين باستخدام شبكة الاتصالات وتكنولوجيات المعلومات، كما يمكنها أن تسلم الفواتير والقيام بعمليات الدفع عبر هذه الشبكة، في هذا النوع من التجارة. من أبرز تقنيات هذا النوع من التجارة، التسويق الإلكتروني، التبادل الإلكتروني للبيانات، والتجارة الإلكترونية داخل المؤسسة الواحدة بين فروعها المتعددة.

2- التجارة بين شركات الأعمال والمستهلكين

يوجد على شبكة الانترنت العالمية مواقع للتجارة الإلكترونية بين شركات الأعمال والمستهلك مهمتها تقديم كافة أنواع السلع والخدمات من خلال عرضها للبيع والشراء، كما تستخدم في ذلك بطاقات الائتمان من أجل إتمام عمليات التبادل، ويتم التعامل في هذه الفئة مباشرة بين الشركة مع المستهلكين وتسمى تجارة التجزئة الإلكترونية[3].

3- التجارة الإلكترونية بين شركات الأعمال والدولة

هنا تقوم الدولة أو الحكومة بعرض الإجراءات واللوازم والرسوم ونماذج المعاملات على شبكة الانترنت، بحيث تستطيع شركات الأعمال الإطلاع عليها من خلال الوسائل الإلكترونية وتقوم بإجراء المعاملات إلكترونيا دون اللجوء لمكاتب المؤسسات والدوائر الحكومية[4].

4- التجارة الإلكترونية بين المستهلكين والإدارة المحلية الحكومية

يكون التعامل هنا بين الدولة والمستهلك أو طالبي الخدمة. ويشمل ما تجريه الدولة من مناقصات أو أوامر توريد أو خدمات التي تقدم للمواطنين عبر الوسائط الإلكترونية، كعمليات دفع الضرائب الذي يتم إلكترونيا دون الحاجة لتوجه المستهلك لمصالح الضرائب المختصة، وكذلك دفع فواتير الغاز والكهرباء والمياه ومخالفات المرور، ويشمل هذا التعامل أيضا استخراج الأوراق والمستندات إلكترونيا[5].

5- التجارة الإلكترونية بين المستهلكين ومستهلكين آخرين

هذا النوع من التجارة الإلكترونية يقوم الأفراد فيها بالبيع والشراء فيما بينهم وبشكل مباشر عبر شبكة الانترنت، مثال ذلك عندما يقوم أحد المستهلكين بوضع إعلان على موقعه الإلكتروني أو في موقع أخر من أجل بيع أحد الأغراض الخاصة به، حيث انتشر ما يسمى بالمزاد الإلكتروني الذي يعرض فيه الزوار كل ما يرغبون في بيعه على موقع معين متخصص بالمزايدة بين مستخدمي وزوار الموقع[6]

6- التجارة الإلكترونية بين شركات الأعمال أو المستهلكين أو الدولة والبنوك

هذه التجارة الإلكترونية تتضمن جميع المعاملات البنكية بين البنوك وعملائهم سواء كانوا شركات أو أفراد ومع الدولة من خلال شبكة الانترنت، وتأخذ البنوك في هذه الحالة تسمية البنوك الإلكترونية، لأنها

1- عبد الحميد بسيوني، المرجع السابق،2003، ص 20 و21.

2- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2014، ص26.

3- لزهر بن سعيد، نفس المرجع، ص 27.

4- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2009، ص29.

5- تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قد تبنى تقنيات الكترونية على الأعمال الإدارية بإصدار عدة قوانين وقرارات وزارية أهمها القانون رقم 14-03 المورخ في 24 ربيع الثاني عام 1435 الموافق 24 فبراير سنة 2014، المتعلق بسندات ووثائق السفر، ج.ر عدد 16 لسنة 2014.

6- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 28.

تقوم من خلال الشبكة بخدمات دفع وتسديد الفواتير والتحويلات المالية، وكشف الحسابات والودائع وكذا تبادل الرسائل الإلكترونية بين البنك والعميل[1].

المبحث الثالث: التطور التشريعي للتجارة الإلكترونية في الجزائر وشروط ممارستها

بسبب رغبة الجزائر في الانخراط في التجارة الإلكترونية الدولية جعلها تسن عدة نصوص قانونية تطرقت إلى التجارة الإلكترونية بشكل ضمني ثم بشكل صريح (المطلب الأول)، ولتوثيق المعاملات التجارية الإلكترونية تم تقييد ممارستها بشروط تتماشى وخصوصيتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التطور التشريعي للتجارة الإلكترونية في القانون الجزائري

قبل الحديث عن الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية في الجزائر من الضروري الإشارة إلى القانون النموذجي الدولي بشأن التجارة الإلكترونية الذي يهدف إلى التمكين من مزاولة التجارة باستخدام وسائل إلكترونية، وتيسير تلك الأنشطة التجارية من خلال تزويد المشرعين الوطنيين بمجموعة قواعد مقبولة دوليا تهدف إلى تذليل العقبات القانونية وتعزيز القدرة على التنبؤ بالتطورات القانونية في مجال التجارة الإلكترونية، والسعي إلى إيجاد توازن بين التجارة التقليدية والتجارة الإلكترونية، وهو قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996.

بالنسبة للقانون الجزائري تعرض المشرع في بعض القوانين بشكل ضمني إلى التجارة الإلكترونية (الفرع الأول)، ثم تضمها بشكل صريح (الفرع الثاني).

الفرع الأول: بعض النصوص القانونية المنظمة للتجارة الإلكترونية بشكل ضمني

- اعتراف المشرع الجزائري بالكتابة الإلكترونية منذ سنة 2005، بمناسبة تعديل القانون المدني بإدراج المواد 323 مكرر والمادة 323 مكرر 1، لما أقر صراحة مبدأ المماثلة والمساواة بين الوثيقة القائمة على الدعامة الورقية والوثيقة القائمة على الدعامة الإلكترونية[2].

- المرسوم التنفيذي رقم 05-468، المؤرخ في 10 ديسمبر 2015، المحدد لشروط تحديد الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك[3]، حيث نص في المادة 11 فقرة 1أنه: "استثناء لأحكام هذا المرسوم، يسمح بتحرير الفاتورة وإرسالها عن طريق النقل الإلكتروني الذي يتمثل في نظام إرسال الفواتير المتضمن مجموع التجهيزات والأنظمة المعلوماتية التي تسمح لشخص أو لأكثر بتبادل الفواتير عن بعد."

وقد انبثقت فكرة الفاتورة الإلكترونية من التركيز المتزايد على التجارة اللاورقية (**le commerce sans papier**) التي تعرف بشكل عام باعتبارها معاملات أو أعمال تجارية تتضمن تبادل البيانات عبر الوسائل الإلكترونية، فهي تتطلب من كل المشاركين في النشاط التجاري تحقيق وتنفيذ العملية المعيارية الخاصة بتبادل العقود والقبول بها أو الفواتير التي توثق المعاملات[4]. حيث تستعمل الفاتورة الإلكترونية على الصعيد الوطني في عدة مجالات؛ كمجال الاستيراد والتصدير، المجال التجاري والصناعي كونها تسهل العمل وتقلل التكاليف إضافة إلى كونها سريعة مقارنة بالفاتورة الورقية التقليدية، ولقد ساعد في ذلك وسائل الدفع الإلكتروني الحديثة.

---

[1]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 29.

[2]- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادي الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 44 لسنة 2005.

[3]- المرسوم التنفيذي رقم 05-468 المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1426 الموافق 10 ديسمبر سنة 2005، ج.ر. عدد 80 لسنة 2005.

[4]-حسين نوارة، الفاتورة الإلكترونية آلية لتنشيط الاستثمارات، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، المجلد الخامس، العدد 2، جوان 2019، ص 129.

- تعديل المشرع للقانون التجاري[1] الذي أفرد الفصلين الأول والثاني من الباب الرابع المعنون: في بعض وسائل وطرق الدفع، حيث كان الفصل الأول من المادة 543 مكرر19 إلى 543 مكرر20 تضمنتا أحكام التحويل المصرفي، والمادتين 543 مكرر 21، 543 مكرر 22 اللتين تضمنتا أحكام الاقتطاع.
- تجسيد الحكومة الإلكترونية من خلال البوابة الرسمية للحكومة الإلكترونية في الجزائر عبر مشروع الجزائر الإلكترونية لسنة 2013.
تعتبر الجزائر من بين الدول التي أطلقت بوابتها الإلكترونية رسميا، وكان ذلك مع مطلع شهر أوت 2016، تحت مسمى" بوابة المواطن " **http// www. Elmouwatin. Dz 2016**، وتهدف هذه البوابة إلى تقريب الإدارة من المواطن من خلال تقديم تسهيلات أكثر، وتوفير المعلومات والخدمات بسهولة من أجل تقليل البيروقراطية وزيادة الشفافية. كما تهدف إلى تعزيز أداء الاقتصاد الوطني[2].
- القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم[3] الذي عند تعرضه لمسألة إلزامية إعلام المستهلك في المادة 17 أوجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى، فاستعمال مصطلح - بأية وسيلة أخرى - يدل على أن استعمال الإعلام الإلكتروني جائز.

- المرسوم التنفيذي المحدد للكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاطات وبعض السلع والخدمات المعنية[4]، الذي عرفت المادة 2 منه الكيفيات الخاصة بالإعلام حول الأسعار وأشارت إلى الدعائم التقنية والتكنولوجية للإشهار والاتصال. بينما تطرقت المادة 3 الموالية إلى دعائم الإعلام الآلي واللوحات الإلكترونية بالقول:"تتم عملية الإعلام المتعلقة بالإشهار والإعلان عن الأسعار والتعريفات المطبقة على بعض قطاعات النشاط والسلع والخدمات المعينة عبر دعائم الإعلام الآلي (تيليماتيك) والوسائل السمعية البصرية والهاتفية واللوحات الإلكترونية والدلائل والنشرات البيانية أو أي وسيلة أخرى ملائمة".

- القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين[5] الذي رفع اللبس عن كل ما يتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

- القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[6] الذي حدد المقصود بالإشهار في مادته 3 التي جاء فيها:"3 - إشهار: كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة" وعبارة -وسائل الاتصال المستعملة- هنا تفيد أن استعمال الإعلام الإلكتروني جائز.

الفرع الثاني: إقرار المشرع قانون التجارة الإلكترونية بشكل صريح

خطت الجزائر سنة 2017 خطوة كبيرة في مجال تقنين التجارة الإلكترونية باقتراح مشروع قانون تم إعداده من طرف وزارة البريد وتكنولوجيا الاتصال السلكية واللاسلكية والرقمنة متضمنا التجارة الإلكترونية، جاء هذا المشروع بهدف تنظيم وتأطير الفاعلين في المجال الاقتصادي، الذين يقدمون خدماتهم عبر وسائل الاتصال الإلكتروني.

---

[1]- القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 11 لسنة 2005.
[2]- خطاف ابتسام و عياط شريف، توجه الجزائر نحو تطبيق الحكومة الإلكترونية عبر مشروع الجزائر الإلكترونية 2013، الواقع والتحديات، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، المجلد 11، العدد 2، ص 349.
[3]- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15 لسنة 2009، المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09 المؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق 10 يونيو سنة 2018، ج ر عدد 35 لسنة 20108.
[4]- المرسوم التنفيذي رقم 09-65 المؤرخ في 11 صفر عام 1430 الموافق 7 فبراير سنة 2009، المحدد للكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعينة، ج ر عدد 10 لسنة 2009.
[5]- القانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر عدد 06 لسنة 2015.
[6]- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41 لسنة 2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت سنة 2010، ج ر عدد 46 لسنة 2010.

وبعد رأي مجلس الدولة، وبعد مصادقة البرلمان صدر رسميا قانون التجارة الإلكترونية الجزائري في تاريخ 16 مايو سنة 2018، متشكل من عدة أبواب، حيث تضمن الباب الأول بعض المفاهيم المتعلقة بقانون التجارة الالكترونية، كالعقد الإلكتروني، المستهلك الإلكتروني، المورد الإلكتروني، وسيلة الدفع الإلكتروني، الإشهار الإلكتروني، الطلبية المسبقة، اسم النطاق، وهي المفاهيم التي سنتناولها في هذا البحث.

أما الباب الثاني فجاء تحت عنوان: ممارسات التجارة الإلكترونية، خصص الفصل الأول للمعاملات التجارية عبر الحدود، بينما خصص الفصل الثاني لشروط ممارسة التجارية الإلكترونية وهي الشروط التي سوف يتم عرضها في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: شروط ممارسة التجارة الإلكترونية في ظل القانون رقم 18-05

نظرا لما عرفه التعامل التجاري الإلكتروني في الجزائر من توسع يوما بعد يوم، أصبح من الضروري إحاطة هذه المعاملات الإلكترونية بضوابط قانونية في شكل شروط تتماشى وخصوصيتها منها إلزامية إخضاع النشاط التجاري الإلكتروني: للتسجيل في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية والحرفية، حسب الحالة، نشر موقع إلكتروني أو صفحة إلكترونية على الانترنت، مستضاف في الجزائر بامتداد "com.dz"، مع وجوب توفر الموقع الإلكتروني للمورد الإلكتروني على وسائل تسمح بالتأكد من صحته (الفرع الأول). ثم وبمجرد التسجيل في السجل التجاري أو سجل الصناعات التقليدية يتم إدراج اسم المورد الإلكتروني في البطاقة الوطنية للموردين الإلكترونيين. ولا يمكن ممارسة نشاط التجارة الإلكترونية إلا بعد إيداع اسم النطاق لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شرط التسجيل في السجل التجاري أو سجل الصناعات التقليدية

نصت المادة 8 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أن ممارسة نشاط التجارة الإلكترونية يخضع لشرط التسجيل في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية والحرفية حسب الحالة، لذلك سنسعى لتعريف سجل المعاملة التجارية الإلكترونية وأهميته في ضبط المعاملات التجارية (أولا)، ثم نتعرض لشروط حفظ سجلات المعاملات التجارية الإلكترونية وإرسالها إلى المركز الوطني للسجل التجاري (ثانيا).

أولا: تعريف سجل المعاملة التجارية الإلكترونية

سجل المعاملة الإلكترونية أفرزه التطور الهائل في التكنولوجيا، أهميته تتجلى في توثيق المعاملات الإلكترونية. تم تعريف هذا السجل بنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي المحدد لكيفيات حفظ سجلات المعاملات التجارية الإلكترونية وإرسالها إلى المركز الوطني للسجل التجاري بأنه ملف إلكتروني يودع فيه المورد الإلكتروني عناصر المعاملة التجارية المنجزة الآتية: العقد، الفاتورة أو الوثيقة التي تقوم مقامها، كل وصل استلام، أثناء التسليم أو الاستعادة أو الاسترداد، حسب الحالة.

يجب أن يتم تخزين العناصر السابقة، من قبل المورد الإلكتروني بطريقة تمكن من الولوج إليها وقراءتها وفهمها لتمكين الأعوان المؤهلين من تفحصها. كما يجب أن يتم حفظها من طرف المورد الإلكتروني في شكلها الأصلي، أو في شكل غير قابل للتعديل أو الإتلاف في محتواها[1].

مقتضيات التجارة الإلكترونية حتمت إيجاد إجراء موازي تجسد في الملف الإلكتروني حتى لا تكون التجارة الإلكترونية سبيلا لممارسة الغش والاحتيال في أداء المبالغ الضريبية المستحقة على التجار، بل يجب أن يضمن ارتفاع إيرادات الخزينة العامة من جهة ويضمن ضخ رؤوس أموال بالاقتصاد الوطني لتحقيق الدورة الاقتصادية.

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 19-89 المؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1440 الموافق 5 مارس سنة 2019، ج.ر عدد 17 لسنة 2019.

ثانيا: شروط حفظ سجلات المعاملات التجارية الإلكترونية وإرسالها إلى المركز الوطني للسجل التجاري في ظل قانون 18-05

الملاحظ في هذا الصدد أن قيد نشاط التجارة الإلكترونية في سجل المعاملات التجارية الإلكترونية يخضع لنفس ضوابط القيد المطبقة على التجار عموما والمقررة ضمن أحكام التنظيم المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري الكلاسيكي[1].

أهم الوثائق المستوجب إدراجها في ملف طلب القيد، بحسب المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 97-41 توجد في مقدمتها شهادة الوضعية الجبائية، ومستخرج من سجل الضرائب المصفى المتعلق بالضريبة العقارية على المحل المهني، إضافة إلى وصل تسديد حقوق الطابع الضريبي المحددة في التشريع الجبائي.

وقد حرص المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 13 من نفس المرسوم السابق على اشتراط وثائق تمكن من الوقوف على حقيقة الوضعية الجبائية لأي شخص يرغب في القيد في السجل التجاري وهذا حتى لا يسمح للأشخاص الذين ارتكبوا مخالفات وجرائم (جرائم الغش الضريبي) من مزاولة التجارة من جديد. وقد أوجد المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 19-89 السابق جملة من الشروط ذات الصلة بالتجارة الإلكترونية من شأنها تحقيق حفظ سجلات المعاملة التجارية الإلكترونية وإرسالها إلى المركز الوطني للسجل التجاري نذكرها فيما يلي:

1- تخزين عناصر المعاملة التجارية الإلكترونية (المادة 2)

من بين أهم أهداف شرط حفظ سجلات المعاملات التجارية الإلكترونية هو تمكين أعوان الرقابة التجارية من الرجوع إليها، وذلك بعد تخزينها من المورد الإلكتروني في ظروف تسمح بقراءتها وفهمها. ويعمل المركز الوطني للسجل التجاري بتزويد الموردين الإلكترونيين بكل المواصفات التقنية التي تسمح لهم بتخزين عناصر معاملاتهم التجارية الإلكترونية، والملاحظ أن هذا الواجب الملقى على عاتق المورد الإلكتروني أنه غير مقترن بأجل محدد لذلك يطرح التساؤل حول مدة تخزين هذه المعلومات من قبل المورد الإلكتروني؟

2- حفظ عناصر المعاملة التجارية الإلكترونية في شكلها الأصلي (المادة 2)

المورد الإلكتروني ملزم بحفظ عناصر المعاملة التجارية الإلكترونية في شكلها الأصلي أو في شكل غير قابل للتعديل أو إتلاف محتواها. من خلال هذا الشرط نستنتج دور وهدف حفظ هذه البيانات حيث قد تسمح بالتحقق من المركز المالي للمورد الإلكتروني في حال نزاع قضائي.

3- تزويد المركز الوطني للسجل التجاري بعناصر المعاملات (المادة 3)

المورد الإلكتروني ملزم باستخراج جملة المعلومات المتعلقة بكل معاملة تجارية إلكترونية أقدم عليها وتزويد المركز الوطني للسجل التجاري بها، ومن بين هذه المعلومات نجد: موضوع المعاملة، المبلغ المحدد للمعاملة باحتساب كل الرسوم، تاريخ المعاملة، طريقة الدفع، رقم الفاتورة أو رقم الوثيقة التي تقوم مقامها.

4- التقيد بأجل إرسال المعلومات للمركز الوطني للسجل التجاري (المادة 4)

1- المرسوم التنفيذي رقم 97-41 المؤرخ في 9 رمضان عام 1417 الموافق 18 يناير سنة 1997، المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، ج ر عدد 05 لسنة 1997، المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 97-322 المؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1418 الموافق 26 غشت سنة 1997، ج ر عدد 57 لسنة 1997، ثم عدل وتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 03-453 المؤرخ في 7 شوال عام 1424 الموافق أول ديسمبر سنة 2003، ج ر عدد 75 لسنة 2003.

يلزم القانون المورد الإلكتروني بتزويد المركز الوطني للسجل التجاري بعناصر المعاملة التجارية الإلكترونية في أجل محدد قبل تاريخ العشرين (20) من كل شهر بالنسبة للمعاملات التجارية التي أجراها خلال الشهر السابق. يتم وضع هذه المواصفات التقنية تحت تصرف المورد الإلكتروني من قبل المركز.

يضع المركز منصة إلكترونية مخصصة لحفظ المعلومات المرسلة من قبل الموردين الإلكترونيين، ويتم تسليم رمز الولوج إلى المنصة الإلكترونية للمورد الإلكتروني من طرف المركز، بعد إيداع اسم النطاق (المادة 5).

يتم ربط المركز بالمديرية العامة للضرائب التي يمكنها الولوج، عن طريق الاتصالات الإلكترونية للمعلومات المذكورة عند استلامها (المادة 6).

الفرع الثاني: شرط الإدراج في البطاقة الوطنية للموردين الإلكترونين

تم استحداث البطاقة الوطنية للموردين الإلكترونيين وتضم جميع الموردين الإلكترونيين المسجلين سواء على مستوى السجل التجاري أو في الصناعات التقليدية والحرفية ويتم نشر هذه البطاقية إلكترونيا وتكون في متناول المستهلك الإلكتروني (المادة 9 من قانون التجارة الإلكترونية).

تلعب هذه البطاقية على غرار رقم التعريف الجبائي دورا كبيرا في عملية حصر الموردين الإلكترونيين سواء بالنسبة للمستهلكين الإلكترونيين أو حتى بالنسبة لباقي المرافق والإدارات العامة ذات الصلة بنشاطاتهم وخاصة إدارة الضرائب التي يمكن لها، في إطار ما يعرف بحق الإطلاع، الوقوف على جميع الوثائق والمستندات التي يقدمها المورد الإلكتروني لمركز السجل التجاري والذي يلزم بدوره هو الأخر بوجوب تقديم المساعدات اللازمة في إطار تنسيق الجهود بين الإدارات منعا لأي محاولة للتملص من الضريبة.

ولعل اشتراط المشرع بموجب المادة 9 فقرة 3 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية إلزامية نشر هذه البطاقية الغرض منه ليس جعلها فقط في متناول المستهلك الإلكتروني وإنما إعلام الجميع بمحتواها. إلا أن الملاحظ أن المشرع قد أفرد المادة 9 فقط من أجل التعريف بأحكام هذه البطاقية الوطنية ونص على أن الإدراج في هذه البطاقية يخص جميع المسجلين سواء في السجل التجاري أو سجل الصناعات التقليدية والحرفية دون استثناء أي أن العبرة بالتسجيل، وفي هذا الصدد يتعين الإشارة إلى ضرورة التنسيق بين مصالح السجل التجاري وإدارة الضرائب من أجل إضفاء فعالية أكثر على هذه البطاقية وهذا من خلال الإشارة إلى طبيعة نشاط كل مورد ضمن البطاقية وكذا تحديد وضعية نشاط كل مورد إلكتروني؛ بمعنى إدراج ملاحظات تخص الموردين المتوقفين مؤقتا مثلا عن النشاط، هذه الوضعيات لا يمكن الوقوف عليها إلا من خلال التنسيق مع إدارة الضرائب التي يصرح لديها المورد الإلكتروني في حالة توقفه وانقطاعه المؤقت عن النشاط، فالإشارة إلى وضعية نشاط كل مورد إلكتروني في البطاقية من شأنها التقليل من حالات النصب والاحتيال باسم مورد متوقف مؤقتا مثلا.

وفي الأخير حدد المشرع جزاء للإخلال بأحكام حفظ سجل المعاملة الإلكترونية يتمثل في نص المادة 7 من نفس المرسوم التنفيذي السابق، التي جاء فيه أن كل إخلال بأحكام هذا المرسوم يعرض صاحبه للعقوبات المنصوص عليها في المادة 41 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، التي تعاقب بغرامة من 20.000 د.ج إلى 200.00 د.ج كل مورد إلكتروني يخالف أحكام المادة 25 من نفس القانون التي توجب على كل مورد إلكتروني حفظ سجلات المعاملات التجارية المنجزة وتواريخها وإرسالها إلكترونيا إلى المركز الوطني للسجل التجاري. "كل إخلال بأحكام هذا المرسوم يعرض صاحبه للعقوبات المنصوص عليها في المادة 41 من القانون رقم 18 - 05 "هذه الأخيرة تنص:" يعاقب بغرامة من 20.000 دج، كل مورد إلكتروني يخالف أحكام المادة 25 من هذا القانون" تنص المادة 25 من قانون التجارة الإلكترونية:" يجب على كل مورد إلكتروني حفظ سجلات المعاملات التجارية المنجزة وتواريخها وإرسالها إلكترونيا إلى المركز الوطني للسجل التجاري".

الباب الأول: قانون العقود الإلكترونية

الباب الأول: قانون العقود الإلكترونية

نظام التعاقد يتأثر دائما بالتطورات المتلاحقة التي تحدث في البيئة المحيطة به وبأطرافه، لذلك فإن نظرية العقد قد تأثرت تأثرا بالغا بالتطور الكبير الذي عرفته وسائل الاتصال الإلكتروني الحديثة.

فبعدما كان التعاقد بين غائبين يتم عن طريق المراسلة، التي تتم إما بإرسال كتاب ينقل إرادة المرسل أو المرسل إليه أو بإيفاد رسول ينقل إرادة أحد المتعاقدين إلى الأخر حتى يتم التعاقد، ففي القرن الثامن عشر الميلادي بدأ العالم يشهد استخدام الآلة التي تعمل بقوة الدفع الذاتية، كما ظهرت بعض وسائل الاتصال السلكية مثل: التلغراف والهاتف وأدى ذلك كله إلى حدوث تطورات متلاحقة إلى أن ظهر الحاسوب الآلي وتبعه تطور في مجال تقنيات الاتصال ونجم عن ذلك ظهور شبكة الانترنت التي أصبحت تعد الوسيلة المثلى في التعاقد، مما ساهم في ظهور نوع جديد من عقود تبرم في عالم افتراضي عبر تقنيات الاتصال الحديثة وبشكل خاص شبكة الانترنت ألا وهي "العقود الإلكترونية".

لاشك أن العقد الإلكتروني يكتسب الصفة الإلكترونية من جراء استخدام وسيلة اتصال إلكترونية التي تعد من أهم مظاهر خصوصيته، ويقصد بالوسيلة الإلكترونية تلك الوسيلة المستخدمة في الانعقاد، حيث تتوسط بين المتعاقدين وتمكن من توصيل رضا الطرفين عن طريقها، وإذا كان العقد الإلكتروني هو العقد المبرم بواسطة الوسائل الإلكترونية للاتصالات عن بعد، إلا أن شبكة الانترنت ليست وسيلة عادية كالوسائل الإلكترونية الأخرى، إذ لا تعد مجرد وسيلة مادية تستعمل في التعاقد، وإنما هي وسيلة مميزة حيث تمكن من تلاقي الإيجاب والقبول من خلال التفاعل الذي يقارب المتعاقدين بصفة افتراضية ويجعلهما على اتصال مباشر. وهي كذلك وسيلة قوية شديدة التأثير على إرادة المتعاقد، حيث تحول الإرادة الشخصية إلى إرادة رقمية تتصف بالآلية، فتحل الإرادة الآلية محل الإرادة الشخصية للمتعاقد التي تتخذ شكل أرقام.

غير أن هناك بعض المشاكل القانونية قد واجهت العقود الإلكترونية في بادئ الأمر وأثارت حفيظة الفقهاء والمشرعين لإيجاد الحلول لها ولعل أبرز هذه المشاكل: طرق التعبير عن الإرادة سواء كان في صورة قبول أم إيجاب، ذلك أن التعبير عن الإيجاب إلكترونيا يمتد ويتعدى حدود الدولة الواحدة من خلال توجيهه عن طريق شاشات التلفاز أو عبر شبكة الانترنت أو غيره من الوسائل الإلكترونية، وكل ذلك في غياب الالتقاء المادي المعاصر مما يدفع الموجب له إلى التعاقد دون قناعة كاملة بسبب البعد المكاني والضغوط الإعلانية. هذا إلى جانب ظهور أشكال جديدة في التعبير عن الإرادة كالضغط على زر لوحة المفاتيح المتصلة بالحاسوب الآلي وعملية تحميل البرامج المعلوماتية من حاسوب إلى أخر ومسألة تكييف الاعلانات على شبكة الانترنت بين الدعوة إلى التعاقد والإيجاب التام ومدى الاعتداد بالسكوت كقبول في البيئة الإلكترونية.

كذلك طرح التعاقد الإلكتروني وعلى الخصوص الذي يتم عبر الانترنت مسألة في غاية الأهمية، وهي "مجلس العقد" التي أعادت طرح إشكالية تكوين الروابط العقدية بين الغائبين وتحديد مكان وزمان انعقاده لاسيما أن هناك جدل قائم حول طبيعة هذا المجلس ومدى اعتباره تعاقدا بين غائبين أم بين حاضرين وهل يصدق الوصف على جميع وسائل الاتصال الإلكترونية.

نظرا لأهمية العقود الإلكترونية باعتبارها آلية لممارسة التجارة الإلكترونية، فقد تضافرت الجهود الدولية والوطنية للتقليل من العقبات التي كانت تعترض هذه المعاملات والعمل على تهيئة البنية القانونية التي تتلاءم وهذه العقود سواء من حيث تكوينها أو من حيث توثيقها وإثباتها.

وقد شهدت الساحة القانونية سواء على المستوى الدولي أو الداخلي-صدور العديد من التشريعات في هذا المجال، حيث قامت جمعية الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(**UNCITRAL**)[1] بإصدار القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية بتاريخ 1996/12/16 كقانون استرشادي يمكن الاستفادة منه كأساس عند إصدار التشريعات الوطنية للتجارة الإلكترونية.

وقد تم من خلال هذا القانون الاعتراف بتبادل البيانات وقبول الرسائل إلكترونيا، وهو قانون يقوم على مبدأ المعادلة الوظيفية بين الكتابة الإلكترونية والكتابة الورقية.

صدر أيضا قانون الأمم المتحدة النموذجي الإلكتروني المؤرخ في 5 جوان 2001 بشأن التوقيع الإلكتروني بهدف الإقرار والاعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني وبيان الشروط والمتطلبات اللازمة لذلك.

للعلم فإن القانونين السابقين ليس ملزمين للدول وإنما يمثلان مجرد نموذجين للاسترشاد بهما عند وضع التشريعات الداخلية.

أيضا قام الاتحاد الأوروبي والعديد من الدول بسن قوانين خاصة بالتجارة الإلكترونية على ضوء تجارب الدول التي سبقت مع مراعاة القواعد التي تتماشى مع الظروف الاجتماعية والاقتصادية والقانونية والدينية للمجتمع.

وقد تدخل المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو سنة 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الذي عرف في المادة 6 الفقرة 2 منه العقد الإلكتروني على أنه:"... يتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني".

من خلال التعريف نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتبر العقد الإلكتروني كغيره من العقود التقليدية، تسري عليه الأحكام القانونية المنظمة لهذه الأخيرة، وأنه لا يتميز عنها إلا في وسيلة إبرامه وهي وسيلة إلكترونية.

من أجل توضيح النظام القانوني الذي يحكم العقود الإلكترونية في مجال المعاملات المدنية والمعاملات التجارية سوف نتعرض في البداية لمرحلة التفاوض الإلكتروني (الفصل الأول)، ثم لمرحلة التعاقد الإلكتروني (الفصل الثاني).

[1]- **UNCITRAL** اليونسترال هي لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة، تضم في عضويتها غالبية دول العالم الممثلة لمختلف النظم القانونية الرئيسية وغرضها الرئيسي تحقيق الانسجام والتوائم بين القواعد القانونية المنظمة للتجارة الإلكترونية وتحقيق وحدة القواعد المتبعة وطنيا في التعامل مع مسائل التجارة العالمية. وقد حققت اليونسترال العديد من الانجازات في هذا الميدان أبرزها إبرام عدد من الاتفاقيات الدولية أشهرها اتفاقية فيينا للبيوع الدولية لسنة 1980 والاتفاقيات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي وغيرها. **www.uncitral.org**

الفصل الأول: مرحلة التفاوض الإلكتروني

بفضل الأقمار الصناعية والألياف البصرية وفرت التكنولوجيا الحديثة وسائل اتصال مباشرة بالغة التقدم، وبالنظر إلى ما يكتنف بعض العقود من مخاطر وتعقيد كما هو الشأن في عقود نقل التكنولوجيا وعقود الاستثمار فإنه يستحيل أحيانا إبرامها من أول وهلة، وإنما لابد من الدخول بشأنها في مفاوضات مكثفة تستغرق في الغالب وقتا طويلا. ومرحلة المفاوضات هي مرحلة المساومات والأخذ والرد بين أطراف المفاوضة، حيث يسعى كل طرف إلى إقناع الطرف الأخر بما يريد، ولذا فهي تتضمن عروضا واتفاقات متلاحقة يتم اعتمادها من المتفاوضين، وهذه العروض ليست باتة ولكنها يمكن أن تمهد لإيجاب بات على اعتبار أن التفاوض على العقد بمثابة مقدمة للإيجاب. بما أن مصطلح التفاوض الإلكتروني يرتبط بمصطلح التعاقد الإلكتروني نتناول في البداية الإطار المفاهيمي للعقد الإلكتروني (المبحث الأول)، ثم نبين مفهوم التفاوض الإلكتروني والتزامات الأطراف في مرحلة التفاوض (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للعقد الإلكتروني

ليس هناك تعريف موحد للعقد الإلكتروني، سيما لو أخذنا بعين الاعتبار تعدد الجهات التي أوردت هذه التعاريف من جهة، ونوع التقنية التي تستعمل في إبرامه من جهة أخرى، وعليه سيتم عرض أهم التعاريف الواردة بشأنه في المواثيق الدولية وتلك التي جاءت بها القوانين المقارنة والفقه وأهم الخصائص التي يتميز بها العقد الإلكتروني (المطلب الأول).

قد يتشابه العقد الإلكتروني مع العقود التي تتم عن طريق إلكتروني تقليدي، لكن يختلف عنها من حيث طريقة انعقاد كل منها، كما يوجد العديد من العقود المرتبطة بالعقد الإلكتروني يطلق عليها عقود البيئة الإلكترونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني وخصائصه

سيتم عرض أهم التعاريف الواردة بشأن العقد الإلكتروني (الفرع الأول)، ثم نتطرق لأهم الخصائص التي يتميز بها عن بقية العقود الأخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني

عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي رقم **C E/7/97** الصادر في **10/ 05/ 1997** المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد العقد الإلكتروني على أنه: "عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام التعاقد"[1].

تضمن التوجيه الأوروبي الصادر في **2000/06/08** رقم **CE/31/2000** المتعلق بالتجارة الإلكترونية في المادة 1/9 تعريفا للعقد المبرم عبر الوسيلة الإلكترونية الذي جاء فيه:" أن العقد الإلكتروني في مفهوم التوجيه الأوروبي، هو العقد الذي يدخل ضمن طائفة العقود المبرمة عن بعد، والتي تتم حصريا بواسطة تقنية الاتصال عن بعد دون سواها"[2].

[1]- Art 2 de la directive 97/7/CE contrat à distance tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organise par le fournisseur, qui pour ce contrat utiline exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même.

[2]- Art 9/1 traitement des contrats , les états membres veillent à ce que leur système juridique rendre possible la conclusion des contrats par voie électronique, les états membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique.

عرف قانون حماية المستهلك الفرنسي عقد البيع الإلكتروني ضمن طائفة العقود المبرمة عن بعد في نص المادة 16-121، التي جاء فيها:"يعد عقدا عن بعد كل عقد يبرم دون الحضور المادي للأطراف في آن واحد وفي المكان نفسه بواسطة تقنية اتصال عن بعد أو أكثر دون سواها"[1].

أما المشرع الكندي فقد عرف التعاقد عن بعد في القانون حماية المستهلك الخاص بولاية كيبك بالقسم 20 بأنه:"تعاقد بين تاجر ومستهلك بدون تواجد مادي بينهما سواء في حالة الإيجاب أو القبول حال كون الإيجاب غير موجه لمستهلك معين"[2].

وعلى صعيد التشريعات العربية فقد تناول المشرع الإماراتي العقد الإلكتروني تحت مسمى المعاملات الإلكترونية، حيث نصت المادة الثانية من القانون رقم 2 لسنة 2002 الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، الصادر عن إمارة دبي في 12 /2/ 2002، على أن المعاملات الإلكترونية هي:" أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية". كما عرف المراسلات الإلكترونية بأنها:"معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه"[3].

المشرع الأردني بدوره، بعد انضمام الأردن لاتفاقية التجارة الحرة مع الولايات المتحدة الأمريكية وكذا توقيعها لاتفاقية شراكة أردنية، أصدر قانون المعاملات الإلكترونية سنة 2001 وعرف العقد الإلكتروني في المادة 2 منه بأنه:"الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الإلكترونية كليا أو جزئيا". وأضافت نفس المادة المقصود بالوسائل الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد، بالنص على أنها:"أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها". عرف قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الصادر في 11 أوت 2000، في المادة الثانية منه المبادلات الإلكترونية بأنها تلك:"المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية".

أما المشرع الجزائري فعرف العقد الإلكتروني في المادة 6 فقرة 2 من قانون التجارة الإلكترونية، بقوله:"العقد الإلكتروني: العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني"[4].

وبالرجوع إلى نص المادة 3 فقرة 4 من القانون 04-02، المعدل والمتمم، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[5]، نجدها تعرف العقد بأنه:"كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه. يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا".

---

[1]- المادة 121.16 المعدلة بقانون رقم 2006-387، مؤرخ في 31-03-2006، بموجب المادة 25 iv الجريدة الرسمية مؤرخة في 01/04/2006.

[2] -Remot -parties contact is «à contact entered in to between a merchant and a consumer who are in the presence of one another neither at the time of the offer which is addressed to one or more consumers nor at the time of the offer has not been solicited by a particular consumer» Quebec consumer protection, act, section 20

[3]- المادة الأولى من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 01 لسنة 2006 في شأن المعاملات الإلكترونية الصادر في 30-01-2006 ج ر لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 442، سنة 36 يناير 2006، ص 31

[4]- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28 لسنة 2018.

[5]- القانون رقم 04-02، المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، عدد 41 لينة 2004، معدل ومتمم بالقانون رقم 10-06، المؤرخ في 15 غشت سنة 2010، ج ر، عدد 46 لسنة 2010.

أما الفقه فقد أورد عدة تعريفات للعقد الإلكتروني، فمنهم من عرفه بالاعتماد على إحدى وسائل إبرامه معتبرا أن العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الانترنت[1]. غير أن الملاحظ على هذا التعريف أنه حصر وسيلة إبرام العقد الإلكتروني في شبكة الانترنت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه مثل التليكس والفاكس والمينيتل في فرنسا.

وهناك من الفقه من عرف العقد الإلكتروني بأنه:"كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل".

يلاحظ على هذا التعريف أنه اشترط وسيلة مسموعة مرئية لكي يعتبر العقد إلكترونيا، غير أنه يمكن إبرام العقود الإلكترونية بدون استعمال الوسائل المسموعة المرئية، مثل التعاقد عبر البريد الإلكتروني الذي يكون فيه التعبير عن الإرادة بواسطة الكتابة ومع ذلك يعتبر عقدا إلكترونيا.

ومن التعاريف ما شمل جميع الوسائل الإلكترونية لكنه اشترط لكي يعتبر العقد إلكترونيا أن تكتمل كافة عناصره عبر الوسيلة الإلكترونية حتى إتمامه معتبرا أنه:"كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة إلكترونية وذلك حتى إتمام العقد"[2].

في الأخير نرى أنه للوصول إلى تعريف مانع جامع للعقد الإلكتروني يجب التركيز على الخصائص التي تميزه عن بقية العقود الأخرى.

الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني

يتم التطرق لأهم الخصائص التي يتميز بها العقد الإلكتروني عن بقية العقود الأخرى.

أولا: العقد الإلكتروني عقد مبرم بوسيلة إلكترونية

أهم خاصية يتميز بها العقد الإلكتروني عن غيره من العقود هي أنه عقد مبرم بوسيلة إلكترونية، فالوسيلة التي من خلالها يتم إبرام العقد هي التي تكسبه هذه الصفة، وتتمثل هذه الوسائل عادة في أنظمة الكمبيوتر المرتبطة بشبكات الاتصالات المختلفة (السلكية واللاسلكية).

والملاحظ أنه لا يمكن حصر جميع هذه الوسائل في الوقت الحاضر نظرا لارتباطها بالتطور التكنولوجي، إذ هناك العديد من الوسائل الحديثة التي ظهرت في فترة زمنية قصيرة يمكن عرض أهمها: المينيتل **MINITEL**، التليكس، الفاكس، الهاتف المرئي.

وقد بدأ استخدام شبكة الانترنت في المعاملات التجارية سنة **1992** عندما ظهرت **World wide web**، أين كانت هذه المعاملات تجرى في بدايتها عن طريق المراسلات عبر البريد الإلكتروني، إلا أن الأمر تطور بعد ذلك فأصبح بالإمكان عرض السلع والخدمات من خلال شبكة المواقع[3]. ويتم استخدام عدة وسائل في التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت أهمها: الكمبيوتر، الأجهزة الذكية، الهاتف المحمول....

ثانيا: العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد

يتميز العقد الإلكتروني عن بقية العقود الأخرى أيضا بأنه عقد ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، ويقصد بالعقود المبرمة عن بعد، تلك العقود التي تبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن متباعدة، وهذا باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد. فالسمة الأساسية لهذا النوع من العقود تتمثل في:

---

[1]- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي 2002، ص 47.

[2]- عبد الفتاح بيومي حجازي، نفس المرجع، ص 49.

[3]- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004، ص 26 و27.

- عدم الحضور المادي المتعاصر لأطرافه في لحظة تبادل الرضا بينهم، فهو عقد مبرم بين طرفين لا يتواجدان وجها لوجه في لحظة التقاء إرادتهما.

- أن إبرام العقد الإلكتروني يتم عبر وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد، والجدير بالذكر أن التوجيه الأوروبي رقم 97-07 المتعلق بحماية المستهلكين في مجال التعاقد عن بعد، قد أعطى أمثلة عن هذه الوسائل في الملحق المرفق به، ونذكر منها المطبوعات الصحفية مع طلب الشراء، الراديو، وسائل الاتصال المرئية، الهاتف مع تدخل بشري أو بدون تدخل بشري، التلفزيون مع إظهار الصورة، الانترنت، الرسائل الإلكترونية، التلفزيون التفاعلي[1].

ثالثا: يغلب على العقد الإلكتروني الطابع التجاري

التجارة الإلكترونية هي المجال الذي يظهر فيه العقد الإلكتروني بصفة خاصة، كون العقد الإلكتروني هو أهم وسيلة من وسائل هذه التجارة، وهذا ما جعل بعض الفقه يعبر بمصطلح التجارة الإلكترونية على العقود الإلكترونية تجاوزا، ولا يقصد بالتجارة الإلكترونية تلك التجارة في الأجهزة الإلكترونية، بل يقصد بها المعاملات والعلاقات التجارية التي تتم بين المتعاملين فيها من خلال استخدام أجهزة ووسائل إلكترونية مثل الانترنت، وعرف المشرع الجزائري التجارة الإلكترونية في المادة 6 فقرة 1 من القانون رقم 18-05 بأنها "النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

رابعا: العقد الإلكتروني يتسم غالبا بالطابع الدولي

إن الطابع العالمي لشبكة الانترنت وما رتبه من جعل معظم دول العالم في حالة اتصال دائم على الخط سهل العقد بين أطراف في دول مختلفة، ما جعل العقد الإلكتروني عقدا عابرا للقارات، فلا تقف الحدود الجغرافية عائقا أمام إبرامه أو تنفيذه، فهو غالبا ما يتم بين طرفين أحدهما في دولة والأخر في دولة أخرى، مع إمكانية انعقاده بين طرفين يقطنان في نفس الدولة، فوسائل الاتصالات الحديثة جعلت من التجارة الدولية أمرا في غاية السهولة، وأصبح من اليسير إبرام صفقات التجارة الدولية بغير لقاء مادي بين أطرافها على الإطلاق[2].

بالنظر إلى طبيعة العقد الإلكتروني وعناصره فإننا نجد أن العقد الإلكتروني قد يكون عقدا دوليا وفقا لمعايير دولية العقد، وقد يكون عقدا داخليا إذا تم إبرامه بين طرفين من ذات الدولة موطنا وجنسية، إلا أن الغالب على العقود الإلكترونية أنها عقود دولية، كونها تتم بوسيلة إلكترونية في الفضاء الخارجي عبر وسائل اتصال دولية لا تحدها الحدود الجغرافية.

خامسا: تنوع وسائل الدفع في العقد الإلكتروني

حلت وسائل الدفع الإلكترونية في التعاقد الإلكتروني محل النقود العادية (ورقية ومعدنية)، وكان ذلك نتيجة تطور التكنولوجيا وازدياد التعاملات بأسلوب التجارة الإلكترونية، فظهرت كوسلية دفع مبتكرة لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات الأخيرة. تتضمن وسائل الدفع الإلكترونية المستخدمة في التجارة الإلكترونية عدة وسائل منها: البطاقات البنكية، الأوراق التجارية الإلكترونية، النقود الإلكترونية المتمثلة في نوعين هما: النقود الرقمية والمحفظة الإلكترونية، بالإضافة إلى الوسائط الإلكترونية التي ظهرت حديثا، مثل الذهب الإلكتروني والشيك الإلكتروني[3].

---

[1]- محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأردني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر2005، ص 18 وما بعدها.

[2]- Olivier Iteanu, Le contrat du commerce électronique, droit et patrimoine n° 55, décembre 1997, p 55

[3]- علي سيد قاسم، قانون الأعمال (وسائل الاتصال التجاري وأدوات الدفع)، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 2000، ص 377

سادسا: العقد الإلكتروني من قبيل عقود الإذعان

يعرف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشته فيها (المادة 70 قانون مدني جزائري)، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها.

وبالرجوع إلى نص المادة 3 فقرة 4 من القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[1]، نجدها تعرف العقد بأنه: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه.

من خلال المادة 6 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري، نجد أن العقود الإلكترونية قد تكتسب صفة الإذعان، حيث ينشأ العقد في مجلس افتراضي دون الحاجة إلى الالتقاء الفعلي للأطراف تتم من خلاله عملية الإيجاب والقبول بطريقة كتابية أو بطريقة سمعية بصرية عبر شبكة دولية مفتوحة، ففي الحالات التي يكون فيها على المستهلك قبول الشروط المعروضة عليه دون إمكانية مناقشتها فإنه يكون بذلك طرفا ضعيفا في هذه العلاقة، فهو مضطر للتعاقد لأنه بحاجة إلى السلعة أو الخدمة المعروضة عليه، فيكون قبوله عبارة عن التسليم بالشروط التي وضعها الطرف الأخر من دون أن تكون له فرصة أو إمكانية مناقشتها. هذا النوع من التعاقد تتوافر فيه الشروط المطلوبة في عقد الإذعان لأن القابل لا يملك سوى الضغط على عدد من الخانات المفتوحة أمامه في موقع الموجب على شبكة الانترنت وما عليه إلا قبول العقد برمته أو رفضه.

غير أن هناك من يرى أن العقود الإلكترونية ليست من عقود الإذعان خاصة إذا أبرمت عن طريق البريد الإلكتروني الذي يمكن من تبادل العروض والمساومات بشأنها، كما أن الانترنت تمكن من الانتقال من موقع لأخر واختيار الشخص لما يشاء وتركه لما يشاء مما يجعل من مبدأ الرضائية يسود العقود الإلكترونية[2].

للفصل في هذه المسألة نرى أن العقد الإلكتروني قد يكون عقد إذعان كما قد يكون عقد مساومة بحسب الوسيلة المستخدمة في التعاقد، فإذا تم التعاقد عن طريق البريد أو من خلال برامج المحادثة باستخدام الوسائل السمعية البصرية فإن العقد الإلكتروني يكون عقدا رضائيا، أما إذا تم عن طريق الويب التي تستخدم غالبا العقود النموذجية التي تعد شروطها موضوعة مسبقا من قبل الموجب ولا يترك فيها مجالا للمساومة للموجب إليه، ففي هذه الحالة يعد العقد الإلكتروني عقد إذعان.

في الأخير رأينا أن هناك من الفقهاء من ركز في تحديد خصائص العقد الإلكتروني على أنه عقد يتم عن بعد، وهناك من ركز على الصفة الدولية، ومنهم من ركز على الصفة التجارية، ومنهم من ركز على الصفة الإلكترونية. ومنهم من ركز على صفة الإذعان.

والواقع يمكننا القول أن العقد الإلكتروني، هو عقد يتم إبرامه أو تنفيذه كليا أو جزئيا بواسطة وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال الحديثة، مهما يكن نوعه دوليا أو غير دولي مدنيا أم تجاريا.

---

[1]- القانون رقم 04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السابق.

[2]- حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن 2012، ص 120.

المطلب الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود

قد يتشابه العقد الإلكتروني محل البحث مع العقود التي تتم عن طريق إلكتروني تقليدي، لكن يختلف عنها من حيث طريقة انعقاد كل منهما (الفرع الأول). كما يوجد العديد من العقود المرتبطة بالعقد الإلكتروني يطلق عليها عقود البيئة الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من حيث طريقة التعاقد

لقد ظهر بوضوح أن الوسيلة أو الطريقة التي ينعقد بها العقد الإلكتروني تمثل أهم وجه لخصوصيته، حيث يتم التعبير عن الإرادة من خلال وسائل تقنية حديثة تستخدم فيها وسائط إلكترونية عبر شبكة الانترنت، فيكون الاتصال بين طرفين غير موجودين في مكان واحد، وإن تلاقيا في زمن واحد كما هو الحال فيما إذا تم التعبير عن الإرادة عن طريق التليفون، ولذلك يعتبر البعض العقد الإلكتروني ليس عقدا جديدا.

فيما يلي نبين أوجه الاتفاق والاختلاف بين التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التليفون (أولا) والتعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون (ثانيا)، والتعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الفاكس والتلكس (ثالثا)، وأخيرا التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الكتالوج (رابعا).

أولا: التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التليفون

إن التعاقد الإلكتروني يتشابه مع التعاقد بالتليفون في أن كلاهما عقد فوري ومباشر، إلا أنه يتميز عن التعاقد بالتليفون في كونه تعاقد شفوي وقد يتطلب تأكيد كتابي من الموجب نظرا لصعوبة إثباته، أما التعاقد الإلكتروني المبرم عن طريق الانترنت فيتم بمجرد تعبير الطرف الأخر عن إرادته بقبول التعاقد بواسطة الضغط على عبارة موافق، كما أنه في التعاقد الإلكتروني يمكن رؤية الرسالة الإلكترونية ويمكن طباعتها والحصول على نسخة منها أو تخزينها والاحتفاظ بها في الجهاز، بينما التعاقد بالتليفون تكون الرسالة شفوية.

إلا أنه حاليا وفي ظل وجود الهواتف الذكية، أصبح يعتمد المستهلك الإلكتروني عليها، كما تزايد الإقبال على شرائها في الأونة الأخيرة، ومع التزايد الملحوظ في استخدام الهواتف الذكية أصبح ممكنا التسوق عبر الأجهزة الإلكترونية الذكية اليدوية.

ثانيا: التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون

التلفزيون هو وسيلة لإبرام العقود من خلال عروض السلع والمنتجات المراد بيعها مع تحديد أوصفها وبيان أسعارها ووسيلة الاتصال بالبائع أو المنتج لإتمام عملية الشراء، مع إمكانية توصيل الشيء المبيع للمشتري إلى مكان إقامته، ويتم الوفاء بالثمن إما بالدفع عند الاستلام أو بواسطة شيك أو بطاقة ائتمان[1].

إذا كان التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التليفزيون يتشابهان في أن الرسالة المنقولة نفسها بالنسبة لكافة العملاء، إذ تتم بالصوت والصورة، إلا أن الإعلان عن طريق الإذاعة المرئية المسموعة هو وقتي يزول سريعا بانتهاء مدة إذاعته فقط ويكون الاتصال بالهاتف، أما الإعلام في التعاقد الإلكتروني فيظل قائم خلال اليوم خلال أربعة وعشرون ساعة من خلال تفحص شبكة الانترنت.

كما أن التعاقد عن طريق التليفزيون يتم القبول فيه بالتليفون، أما التعاقد الإلكتروني فيتم القبول فيه عن طريق البريد الإلكتروني أو الضغط على أيقونة القبول، كما أنه في التعاقد بالتليفزيون لا توجد أي مبادرة من العميل على عكس التعاقد الإلكتروني.

---

[1]- قدري عبد الفتاح الشهاوي، قانون التوقيع الالكتروني ولائحته، دار النهضة العربية 2005، ص 203.

ثالثا: التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الفاكس والتلكس

يختلف المستند الإلكتروني عن المستند المرسل بطريقة إلكترونية، فالأخير له أصل ورقي ويستخدم فقط في الإرسال كالمستندات المرسلة عن طريق الفاكس ومن هذه الناحية يختلف عن التعاقد الإلكتروني، كذلك الرسائل المرسلة عن طريق الفاكس والتلكس لا تعالج إلكترونيا.

رابعا: التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الكتالوج

الكتالوج عنصر جوهري ووسيلة أساسية في التعاقد الإلكتروني خصوصا في عقود البيع، وقد يتخذ الكتالوج شكلا ورقيا كتابيا يحتوي على رسومات (أو صور) للمنتجات والخدمات المعروضة، كما قد يكون في الشكل الإلكتروني موجود على موقع الويب، فالتعاقد الإلكتروني يتفق مع التعاقد عن طريق الكتالوج حيث كلاهما يتم بين غائبين، إلا أنهما يختلفان، إذ يتم القبول في التعاقد الإلكتروني من خلال شبكة الانترنت، أما التعاقد بالكتالوج فيكون القبول فيه عن طريق ملئ العميل لصيغة طلب السلعة أو الخدمة المرفقة في الكتالوج[1].

مما سبق يتضح أن العقد الإلكتروني هو نوع جديد من العقود له خصوصية ذاتية مستقلة تميزه عن أنظمة التعاقد الأخرى التي تتم باستخدام وسائل الاتصال التقليدية السابق ذكرها، فهو وليد أخر ما وصلت إليه الثورة التكنولوجية في مجال الرقمنة وتكنولوجية الاتصالات.

الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن عقود البيئة الإلكترونية

هناك طائفة من العقود تبرم بسبب التجارة الإلكترونية وتعد لازمة لتحقيقها لكن دون أن تكون التجارة الإلكترونية محلا لها. وأغلب هذه العقود تتفق مع التعاقد الإلكتروني إلا أنها تختلف وتتميز عنه، لذلك سنتناول بعض هذه العقود فيما يلي:

أولا: عقد الإيواء

يقصد بعقد الإيواء العقد الذي يتم بين طرفين يلتزم أحدهما (مقدم الخدمة) بأن يضع تحت تصرف الأخر (المشترك) جانبا من الإمكانيات الفنية التي يملكها من أجل تيسير تحقيق المشترك لمصالحه وانتفاعه بهذه الإمكانيات، وذلك كقيام مقدم الخدمة بتحديد مساحة بالقرص الصلب على الحاسوب الذي يملكه للمشترك، بحيث يتمكن هذا الأخير من الدخول إلى الشبكة واستخدام الموقع الذي خزن فيه معلوماته.

فقد يقوم مقدم الخدمة بتوفير الإمكانيات المعلوماتية للمشترك، كأن يكون لهذا الأخير بريد إلكتروني فيخصص مقدم الخدمة مساحة على القرص الصلب بجهاز الحاسوب الآلي الذي يملكه ليكون صندوقا للخطابات الإلكترونية للمشترك. وعقد الإيواء أقرب إلى الإيجار منه إلى عقد المقاولة، حيث يلتزم مقدم الخدمة بوضع بعض الإمكانيات الفنية تحت استخدام المشترك، فمقدم الخدمة يخصص مساحة معينة على القرص الصلب بجهاز الحاسوب الذي يملكه للمشترك، وبالتالي هذا الأخير يعد مستأجرا لهذه المساحة ويلتزم بأداء مقابل لهذا الانتفاع، كما أنه يلتزم باستخدام هذه المساحة بما لا يحقق الضرر لمقدم الخدمة، وقد يعرضه للمسؤولية العقدية في حالة سوء الاستخدام وتحقيق الأضرار لمقدم الخدمة[2].

ثانيا: عقد الاشتراك في بنوك المعلومات

هو عبارة عن العقد الذي يتم بين المورد للمعلومات والعميل الذي يستفيد منها، وهو عقد مقاولة لأنه يرد على تقديم خدمة معينة للعميل، فهذا الأخير يتفق مع المورد على السماح له بالدخول إلى قاعدة بيانات معينة من خلال رقم معين حتى يتسنى له الحصول على المعلومات التي يرغب في الحصول عليها.

---

[1]- خالد إبراهيم ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي للنشر الإسكندرية، مصر 2006، ص 76-81.
[2]- منير فرح، العقد الإلكتروني وسيلة اثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2009، ص 32-33.

ويجب على المورد أن يبذل أقصى جهده في تيسير الحصول على المعلومات والبيانات التي يرغب في الحصول عليها العميل، كما يلتزم المورد بتقديم النصح والإرشاد حتى يتمكن العميل من الحصول على أفضل خدمة، مثال ذلك كأن يتفق شخص مع مورد بأن يسمح له بالحصول على الأحكام القضائية الموجودة في بنك المعلومات أو قاعدة البيانات التي يملكها من خلال رقم سري معين وبمقابل محدد بين الطرفين[1].

ثالثا: عقد إنشاء المتجر الافتراضي

تأتي فكرة إنشاء المتجر الافتراضي من أجل تيسير وسرعة الحصول على السلع والخدمات، وحتى يكون هناك متجرا افتراضيا يجب أن يكون هناك مراكز تجارية افتراضية على شبكة الانترنت. حيث يسعى طالب إنشاء المتجر الافتراضي لدى صاحب المركز التجاري الافتراضي أو مقدم خدمة المشاركة في هذا المركز، ومن أجل أن يسمح له بفتح المتجر الخاص به على الشبكة ضمن فضاء مركزه حتى يتمكن من عرض سلعة وخدماته على كل من يدخل على الموقع الإلكتروني. تنقسم المراكز الافتراضية إلى نوعين:

النوع الأول: يمكن الدخول إليه دون إتباع إجراءات معينة للتعرف على السلع والخدمات ودون توفير إمكانية الشراء.

النوع الثاني: يسمح بعد إتباع إجراءات معينة من الشراء، وذلك بعد تقديم بيانات معينة، أي لا يسمح بالدخول إلى هذا النوع من المراكز التجارية الافتراضية إلا بعد إدخال رقم ولوج معين، ويمكن الشراء عن طريق بطاقة الائتمان، وصاحب هذه المراكز الافتراضية يستطيع إبرام عقود إنشاء المتاجر الافتراضية، بحيث يسمح لطالب الخدمة المشاركة في هذا المركز التجاري الافتراضي، وبأن يكون له متجرا افتراضيا ويطلق البعض على هذا العقد عقد المشاركة[2].

رابعا: عقد إنشاء موقع

هو عبارة عن العقد الذي يتم بين مقدم الخدمة وبين العميل، حيث يطلب العميل إنشاء موقع خاص به أو من خلال موقع آخر، وذلك عن طريق جهاز الحاسوب الآلي الذي يملكه مقدم الخدمة والمتصل بشبكة الانترنت، والموقع عبارة عن مكان ثابت للعميل يتمكن من خلاله عرض منتجاته وسلعه وخدماته، والعميل عندما يطلب إنشاء الموقع قد يفضل أن يكون ذلك خاصا به فقط دون أن يكون إنشاء هذا الموقع من خلال موقع آخر إلى الشبكة مملوك لشخص آخر، وذلك يحقق الاستقرار والاستقلال للعميل[3].

خامسا: عقد الدخول إلى الشبكة

هو عبارة عن عقد يتم بين الشركة التي تقدم خدمة الاشتراك والعميل أو المشترك الذي يرغب في استخدام شبكة الانترنت، فبمقتضى هذا العقد يتمكن العميل من الدخول على شبكة الانترنت مقابل دفع اشتراك معين. ويجب على العميل عدم إساءة استخدام الحق في الدخول على الشبكة كدخوله مثلا على مواقع غير مشروعة، والمشترك في خدمة الانترنت يلتزم بسداد مبلغ نقدي معين عبارة عن مقابل اشتراكه، وقد نجد بعض متعهدي الوصول بالشبكة يعرضون كروتا بأرقام معينة يستطيع المشترك من خلال استخدامها الدخول على الشبكة لساعات محدودة.

في الأخير نجد أن هذه العقود الواردة على الخدمات الإلكترونية تكون مرتبطة بالعقد الإلكتروني وهي في الواقع قد تكون عقودا إلكترونية إذا تمت عبر وسائل إلكترونية.

1- منانى فراح، نفس المرجع، ص 33،34.
2- منانى فراح، نفس المرجع، ص 34.
3- منانى فراح، نفس المرجع، ص 35.

المبحث الثاني: مرحلة التفاوض الإلكتروني

يمر العقد قبل انعقاده بفترة أولية تسمى الفترة قبل التعاقد يكون خلالها العقد في طور التكوين، وتبدأ هذه الفترة من اللحظة التي يعلن فيها أحد طرفي العقد عن رغبته في التعاقد إلى الطرف الأخر. ويعرفها البعض بأنها المرحلة التمهيدية التي يتم من خلالها دراسة ومناقشة شروط العقد[1] نتيجة دعوة إلى التفاوض موجهة من أحد الطرفين إلى الأخر، أو نتيجة توجيه إيجاب لا يقبل به الموجب له فيقوم هذا الأخير معدلا منه فيسقط الإيجاب ويدخل الطرفان في مرحلة التفاوض. والتفاوض لا يعتبر من الناحية القانونية مرحلة إلزامية في ظل التصور التقليدي للعقد باعتباره ينعقد بمجرد صدور إيجاب يعقبه قبول مطابق، وبالتالي يختلف مضمون الفترة قبل التعاقد باختلاف نوع العقد الذي يتم إبرامه، فإذا كان العقد يتم دون تفاوض فإنه يمر بمرحلة التعاقد مباشرة، أما إذا كان يسبق العقد تفاوض فيمر أولا بمرحلة التفاوض على العقد ثم تليها مرحلة إبرام العقد مع العلم بإمكانية انعقاد العقد دن المرور بمرحلة التفاوض.

المطلب الأول: مفهوم التفاوض الإلكتروني

كون العقد الإلكتروني يثير بعض الصعوبات الفنية والقانونية بسبب أنه تعاقد يتم دون وجود مجلس عقد حقيقي وإنما افتراضي، تظهر أهمية وجود التفاوض عن بعد أو ما يعرف بالتفاوض الإلكتروني، ولبيان كافة الجوانب القانونية لهذا التفاوض نتعرض لتعريفه (الفرع الأول)، ثم أهميته (الفرع الثاني). ثم عرض خصائصه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف التفاوض الإلكتروني

التفاوض لغة مشتق من الفعل فوض، ويقال فوض الأمر إليه: أي صيره إليه وجعله الحاكم فيه، وفاوضه في أمره: أي جاراه، وتفاوض الحديث: أي أخذوا فيه، وتفاوض القوم في الأمر: أي فاوض بعضهم بعضا[2].

وفي المعنى الفقهي ظهرت محاولات من جانب الفقه الفرنسي لإرساء تعريف للتفاوض، نذكر منها: "مجموعة من العمليات التمهيدية تتمثل في المباحثات والمساعي والمشاورات وتبادل وجهات النظر بهدف التوصل إلى اتفاق"[3]، كما عرفه جانب آخر من الفقه أنه:"عقد بمقتضاه يناقش شخصين أو أكثر شروط عقد لم يبرم بعد، أو يتوقع إبرامه مستقبلا من دون إلزام عليهم في ذلك"[4].

أما محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية (CCI) فقد عرفت التفاوض في أحد أحكامها بأنه:"عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعته من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكلف في جميع الأحوال لانعقاده"[5]، وقد كان النزاع في هذا الحكم التحكيمي يدور حول تطبيق أحد قواعد التجارة الدولية والمعروفة بمصطلح **La Mecatoria**[6] بالنسبة للقانون الأمريكي للمعاملات التجارية الإلكترونية لسنة 1999 فقد أجاز إجراء الاتفاقات والمفاوضات وإبرام العقود ونشوء الالتزامات بطريقة إلكترونية، حيث عرفت المادة 2/2 منه ماهية الأعمال التجارية الإلكترونية، بأنها:"تلك الأعمال التجارية التي تدار أو تتم بالكامل أوجزء منها بوسائل إلكترونية أو بالتسجيل الإلكتروني، وهذه الأعمال تهدف إلى إبرام العقود أو الوفاء بالالتزامات الناشئة عن الصفقات التجارية[7]، وهو ما يستفاد منه جواز إتمام المفاوضات بطريقة إلكترونية.

---

[1] - Jean carbonnier, droit civil, les obligations PUF, themis, 1985, P 85.

[2]- لسان العرب لابن منظور، الجزء الخامس، ص 170- 171.

[3] - George Cornub, vocabulaire Juridique, PUF, 1996, p :535

[4] - Les contrats de négociation «ce sont des accords de conventions qui ont pour but de donner un cadre à la négociation sans aucune obligation» Bertand Fages, Obligation et contrats Spéciaux, RTD, civ, n° 4,2012, p 72.

[5]- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته)، دار النهضة العربية، مصر 2008، ص 97.

[6] - Sentence chambre de commerce internationale dans l'affaire, n• 3131, 26 Octobre 1979, P 525.

[7] - Uniform Electronic transaction ACT- National conference of commissioners on Uniform State Laws- July 1999 ? www.law upenn.EDU/ BLL/ ULC FRAME. HTM

وقد وفرت التكنولوجيا الحديثة وسائل اتصال مباشرة بفضل الأقمار الاصطناعية وشبكات الألياف البصرية، حيث أصبح من الممكن أن يجري التفاوض عبر الهاتف الدولي المباشر، والهاتف المرئي، ومؤتمرات الفيديو، وشبكات الانترنت ومما لا شك فيه أن هذا النوع من التفاوض يتسم بالسرعة ويوفر مشقات الانتقال ونفقات السفر.

الفرع الثاني: أهمية التفاوض الإلكتروني

تبرز أهمية التفاوض الإلكتروني فيما يلي:

1- وضع العقد الإلكتروني في صياغة قانونية صحيحة خاصة به، حيث إن وضع ترتيب قانوني لعقد معين يتطلب دراسة دقيقة للشروط التي ستحكم مجريات تنفيذها، وهذه الصياغة لا يمكن أن تأخذ شكلها النهائي إلا بعد مرورها بمفاوضات من شأنها إبراز جميع عناصر العقد، وهذه الصياغة مهمة جدا في العقود الإلكترونية خاصة عندما تكون هذه العقود مركبة يساهم في تنفيذها أطراف متعددة من دول متعددة[1].

2- إن العقود الإلكترونية من العقود المبرمة عن بعد مما يثير القلق والغموض وعدم اليقين بالنسبة للجوانب العملية التعاقدية، مثل التأكد من هوية الأشخاص، ومن طبيعة المحل والضمانات التي يتم تقديمها لتحقيق غاية التعاقد وطرق الوفاء بالالتزامات، وكلما زادت قيمة الصفقة، كلما زادت أهمية مرحلة التفاوض.

3- التفاوض في العقود الإلكترونية يعمل على تفسير العقد عند غموضه، إذ تعد دليلا في تفسير إرادة المتعاقدين، فقد يفيد الرجوع إليها في معرفة مقاصدهم لاسيما في حالة غموض شروط التعاقد. ولذلك فقد نصت المادة الثالثة من نماذج اللجنة الأوربية لبيع المصانع والآلات بأن:"الأوزان والأحجام والنشرات وقوائم الأسعار والنماذج، تشكل دليلا تقريبيا للعقد، وفي هذه الحالة تلتزم المحكمة بالاستقصاء والبحث عما جاء في المفاوضات التمهيدية للاستئناس فقط دون أن يكون لها أثر ملزم ... وأشار النص المذكور أيضا بأن هذه البيانات لا تكون ملزمة إلا بالقدر الذي يشار إليها صراحة في العقد نفسه".

4- أهمية المفاوضات بوصفها جزءا من العقد، قد يحدث أحيانا أن تلحق المفاوضات التمهيدية بالعقد أو يشار إليها فيه للاستعانة بها في تكملة العقد، كأن يحيل المتعاقدان مثلا على المفاوضات السابقة لانعقاد العقد فيما يتعلق بالسعر أو محل البيع، ففي هذه الحالة تعد تلك المسائل جزءا لا يتجزأ من العقد، وتكتسب القوة الملزمة منه بقدر الإشارة إليها فيه. وبهذا قضت شروط "الكوميكون" بالنص على أن ملاحق العقد كافة مثل الشروط الفنية والمواصفات والشحن وغيرها تعد جزءا من العقد إذا أشير إليها أو أحيل عليها فيه.

هذه الحالة للمفاوضات تختلف عن الحالة السابقة الذكر، ففي الحالة السابقة لا يكون للمفاوضات أي أثر قانوني ملزم، وإنما يكون لها دور تفسيري أو استئناسي، قد تأخذ بها محكمة الموضوع أو تطرحها جانبا، وهذا بخلاف هذه الحالة، إذ تلتزم المحكمة بتطبيق ما جاء في المفاوضات التمهيدية وفقا للقانون، ومع ذلك فإن المفاوضات حتى في هذه الحالة لا تستمد قوتها الملزمة بوصفها مفاوضات تكتسب هذه الصفة حكما، وإنما تستمدها من اتفاق الأطراف أنفسهم والذي يتمثل عادة بإلحاقها بالعقد نفسه أو بالإشارة إليها، لذلك يجب على المحكمة أن تمتنع عن الاستعانة بالمفاوضات السابقة عند تفسير العقد إذا نص فيها أن هذه المفاوضات كأنها لم تكن.

[1]- أحمد خالد العطوني، التعاقد عن طريق الانترنت، الطبعة الأولى، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع،2002، ص 99.

وتجدر الإشارة إلى أن كثيرا من الشروط العامة تتضمن مثل هذا الشرط لغرض تجنب الدخول في منازعات حول إثبات المفاوضات وتفسيرها، وأخذت بذلك الشروط العامة رقم 410 التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية، فنصت على تجريد المفاوضات السابقة الشفوية أو المكتوبة التي تكون مخالفة للعقد من كل أثر قانوني.

5- تعمل المفاوضات على تحديد الحقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة، وهذا يعني أن الدخول في أي التزام تعاقدي بشكل نهائي يتطلب تقديرا مسبقا من الأطراف المتعاقدة للالتزامات التي يتحملها كل طرف، وكذلك الأمر بالنسبة للحقوق التي يرغب الأطراف الحصول عليها من خلال هذا التعاقد.

الفرع الثالث: خصائص التفاوض الإلكتروني

يذهب الفقه المعاصر إلى التمييز بين صورتين من المفاوضات، الصورة الأولى هي المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض، ويقصد بها تلك المفاوضات التي تتم دون أن يكون هناك اتفاق صريح ينظمها، وهي تعتبر مجرد عمل مادي، لا تقوم مسؤولية المتفاوض في حالة العدول عنها إلا على أساس المسؤولية التقصيرية إذا اقترن عدوله بخطأ مستقل ألحق ضررا بالطرف الآخر. أما الصورة الثانية في المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض، أي تلك المفاوضات التي تتم بناء على اتفاق صريح بين الطرفين، وفي الغالب يكون هذا الاتفاق مكتوبا، وتعتبر هذه المفاوضات تصرفا قانونيا لوجود علاقة تعاقدية بين الطرفين، ومن ثم تكون المسؤولية الناشئة عن هذه المفاوضات مسؤولية تعاقدية.

ولا يختلف عقد التفاوض الإلكتروني عن عقد التفاوض التقليدي إلا في أنه يتم عبر الانترنت باستخدام الرسائل الإلكترونية عن طريق البريد الإلكتروني، أو من خلال كاميرات الفيديو المتصلة بشبكات الاتصالات الدولية، أو المحادثة عبر الانترنت.

يتميز التفاوض الإلكتروني بخصائص معينة ينبغي مراعاتها من طرف الأطراف عند إبرامه، نوضحها فيما يلي:

أولا: التفاوض عقد تتوافر فيه الأركان والشروط الأساسية اللازمة لقيام أي عقد

يرى جانب من الفقه[1] أن التفاوض عقد وليس مجرد عملية مادية، فهو يتم بتوافق إرادتين على إحداث أثر قانوني[2] ويستوي في ذلك أن يكون الاتفاق على التفاوض صريحا أو ضمنيا، وإذا أخل أحد الطرفين بهذا الالتزام فإنه يكون مسؤولا مسؤولية عقدية.

كما يتوافر في عقد التفاوض الأركان العامة اللازمة لتكوين أي عقد آخر، كالرضا والمحل والسبب[3]، فيكفي لانعقاده أن يتم التراضي بين الطرفين على الدخول في التفاوض، ويتحقق ذلك بأن يقوم أحد الطرفين بتوجيه دعوى للتفاوض للطرف الآخر، ويقوم هذا الأخير بقبول الدعوى قبولا مطابقا.

وإذا كان من المقرر وطبقا للقواعد العامة، أنه يجوز التعبير عن الرضاء باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا يدع شكا لدلالته على مقصود صاحبه (المادة **60** لقانون مدني جزائري) فإنه لا يوجد ما يمنع قانونا من أن يتم التفاوض بوسائل إلكترونية.

1- رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص 591.

2 -Bernand Beignier, la conduite de la négociation, RTD, com ,1998, p 463

3- حمدي محمود بارود، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، مجلة جامعة الأزهر، المجلد 12، العدد 1 سنة 2010، ص 731.

ثانيا: التفاوض عقد رضائي ملزم للجانبين

يظل عقد التفاوض عقدا رضائيا حتى لو كان العقد النهائي المراد إبرامه في نهاية المفاوضات هو عقد شكلي، ومن ثم فإن عقد التفاوض الإلكتروني يتم بتوافق القبول مع الإيجاب على الدخول في العملية التفاوضية عبر وسائل الاتصال الإلكترونية والسير فيها حتى يقوم العقد. ولا جدال من أن التفاوض ثنائي الأطراف على الأقل، أي يتم من خلال جانبين أو أكثر، إذ لا يتصور أن يتفاوض المتعاقد مع نفسه، لأن التفاوض يقوم أساسا على تقريب وجهات النظر المختلفة والمصالح المتضاربة، كما أنه ملزم للجانبين، حيث يرتب التزامات تبادلية على عاتق الطرفين معا، حيث ينشئ على عاتق كل طرف التزاما بالاستمرار في المفاوضات وإدارتها بحسن النية[1].

ثالثا: التفاوض عقد تمهيدي

عقد التفاوض ليس عقدا مقصودا في ذاته، وإنما يهدف إلى تمهيد الطريق أمام العقد النهائي، ومن ثم يترتب على هذه الخاصية أن عقد التفاوض لا يلزم الأطراف بإبرام العقد النهائي بالفعل وإنما يلزمهما بالتفاوض على ذلك العقد فحسب بغرض التوصل لإبرامه. وإذا كانت القاعدة وفقا لمبدأ سلطان الإرادة أنه لا يوجد التزام قانوني بالتفاوض لإبرام عقد ما، إلا أن الطابع التمهيدي لعقد التفاوض ينشئ التزاما على عاتق كل طرف بالتفاوض والسير فيه وفقا لمقتضيات حسن النية، وهو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة، وهذا الالتزام يشكل الإخلال به خطأ عقديا يرتب المسؤولية، إلا أنه لا ينشئ التزاما على الطرفين بإبرام العقد النهائي[2].

هذا الطابع التمهيدي لعقد التفاوض لا يخول أيا كان من طرفيه حقا نهائيا له طبيعة مالية، سواء أكان حقا شخصيا أم عينيا، ولا يرتب ميزة أولية أو أفضلية تحد من حرية التفاوض. وبالرغم من أن نتيجة التفاوض على العقد هي دائما نتيجة احتمالية، إلا أن الاتفاق على التفاوض يلزم الطرفين بالتفاوض بحسن النية، أما إبرام العقد فهو أمر يتوقف على الرغبة النهائية للطرفين[3].

رابعا: التفاوض عقد موقت محدد بفترة المفاوضات

قد يستغرق التفاوض بالنسبة للعقود الهامة والمعقدة فترة طويلة من الوقت، وقد تعتريها الكثير من الصعوبات، مما يؤدي إلى عرقلة سير المفاوضات، ولذلك يلجأ الطرفان إلى إبرام اتفاقات خاصة تهدف إلى تنظيم التفاوض على العقد النهائي المرغوب فيه، وتعرف بالعقود المؤقتة، نظرا لأنها محددة زمنيا بفترة التفاوض بحيث تنقضي بانتهاء هذه الفترة والهدف من ذلك هو تنظيم فترة التفاوض فقط[4]. فهذا العقد لا يوجد إلا لمدة محددة وهي المدة التي يتوقع أن تستغرقها المفاوضات بين الطرفين أو أن يحدد الطرفان مدة معينة لإنهاء المفاوضات خلالها، فإن انتهت المدة أو انتهت المفاوضات سواء بإبرام العقد أو بعدم إبرامه زال كل أثر لعقد التفاوض وذلك مع عدم الإضرار بحقوق الغير نتيجة قطع المفاوضات بسوء نية، وأهم مجال لمثل هذه الاتفاقات هو مجال التعاقدات طويلة المدة بحيث تثير صعوبات ومشكلات خاصة يتم تسويتها مسبقا عن طريق هذه الاتفاقات التفاوضية ويتصور حدوث ذلك في عقود نقل التكنولوجيا[5].

وينشئ العقد الموقت التزامات متنوعة تبعا لتنوع مضمونها، ومن هذه الالتزامات الالتزام بعدم إجراء التفاوض مع طرف ثالث، والاتفاق على المحافظة على الأسرار والمعلومات التي اطلع عليها الطرفان بمناسبة عقد التفاوض، والالتزام بسداد نفقات الدراسات التي أجريت أثناء التفاوض، والالتزام بمبدأ حسن النية في التفاوض.

---

[1] - François Gareil sutter, période précontractuelle, Gaz- pal, 2000, p 2086

[2] د. رجب كريم عبد الله، المرجع السابق، ص 487.

[3] - رجب كريم عبد الله، نفس المرجع، ص 71.

[4] - خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية، مؤتمر التجارة وأمن المعلومات، الفرص والتحديات، القاهرة الفترة الممتدة من 16إلى 20 نوفمبر2008، ص 232.

[5] - Philippe le touneau, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2007, p 256

الفرع الرابع: تمييز التفاوض الإلكتروني عن الإيجاب

يعتبر كل من التفاوض والإيجاب صور من صور التعبير عن الإرادة، وأهم أوجه التفرقة بين الإيجاب والتفاوض تبدو في أن التفاوض غير ملزم للأطراف المتفاوضة بإبرام العقد، أما الإيجاب فإنه يدل على الخروج من دائرة التفاوض والدخول في مرحلة إبرام العقد لذلك لا تعتبر المفاوضات إيجابا. يذهب غالبية الفقه إلى أن التفاوض على العقد ينتهي في اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب، فعندما تنتهي المفاوضات ويدخل الطرفان في مرحلة إبرام العقد يقوم أحدهما بتوجيه إيجابا للطرف الآخر، فإذا صادفه قبول مطابق انعقد العقد؛ أي أن الإيجاب هو الحد الفاصل بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرام العقد[1].

المطلب الثاني: التزامات الأطراف في مرحلة التفاوض الإلكتروني

بالنظر إلى طبيعة عقد التفاوض يمكن القول بأن كافة الالتزامات الناشئة عنه تتعلق بسير وتنظيم المفاوضات، وعلى هذا النحو يكون من البديهي أن يكون الالتزام بالدخول في التفاوض، وحسن النية في التفاوض من الالتزامات الرئيسية التي أرادها أطراف هذا العقد (الفرع الأول) وبجوار هذه الالتزامات هناك التزامات أخرى مكملة لمرحلة التفاوض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الالتزامات الأساسية في مرحلة التفاوض الإلكتروني

الالتزام الأساسي الأول الذي ينشأ عن عقد التفاوض هو الالتزام بالدخول في عملية التفاوض (الفرع الأول). وبهدف التوصل إلى العقد النهائي ينشأ التزام أساسي ثاني يتمثل في الالتزام بحسن النية في التفاوض (الفرع الثاني).

أولا: الالتزام بالدخول في التفاوض

قد يقع الالتزام بالدخول في التفاوض على عاتق الطرفين معا، بحيث يكون كل منهما ملتزما بالذهاب إلى مائدة المفاوضات في الموعد المحدد لبدء المفاوضة. وقد يقع على عاتق أحد الطرفين، فيكون المدين ملتزما بتوجيه الدعوة بالتفاوض إلى الطرف الآخر وتقديم الاقتراحات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه أو عرض الدراسة التي يقوم التفاوض على أساسها، ومثال ذلك أن يكون صاحب العمل هو الملتزم ببدء التفاوض مع المتقدم للعمل المعلن عنه، أو يكون المستورد للأجهزة والحسابات الإلكترونية والأنظمة المعلوماتية هو الملتزم ببدء التفاوض، حيث يقدم الدراسة المبدئية التي تحدد حاجة مشروعه والتي على أساسها تفتتح المفاوضات[2].

إذا كان كل طرف ملتزما بالدخول في المفاوضات، فإن التزامه أثناء التفاوض يعد التزاما ببذل عناية، إذ يجب على كل طرف بذل العناية المطلوبة لإنجاح المفاوضات، فإذا ارتكب أي طرف فعلا من شأنه أن يؤدي إلى عرقلة المفاوضات أو إفشالها فإنه يعد مخالفا لالتزامه ببذل العناية الذي يفرض عليه أن يتبع سلوك الرجل العادي، والذي يتفق مع مقتضيات حسن النية في تنفيذ الالتزامات. الواقع أن فاعلية الالتزام بالتفاوض الناشئ عن عقد التفاوض في ضمان تأمين سير المفاوضات يتوقف على قدرة الأطراف على تجسيد تفاصيل تنفيذ هذا الالتزام بصورة دقيقة، من خلال تحديد ما ينبغي القيام به من أعمال وما يجب الامتناع عنه أو الالتزام بالامتناع عن إتيان أعمال أخرى، مثال ذلك: الاتفاق على ما ينبغي من أجل التعاون بحثا عن مخرج معين لما يعوق التفاوض من صعوبات، أو الاتفاق على كيفية تطويع ما تم الاتفاق عليه خلال مراحل التفاوض على ضوء تطور الأوضاع المالية أو الفنية بقصد إعادة التوازن للالتزامات الطرفين[3]، مما يجعل التفاوض في نهاية الأمر ليس مجرد مرحلة لتبادل المقترحات، وإنما مرحلة تسودها الجدية والموضوعية سعيا للوصول إلى غاية معينة هي إبرام العقد المرغوب فيه.

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 20.

[2]- عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض والطابع التعاقدي، دار النهضة العربية 2005، ص 70.

[3]- رجب كريم عبد الله، المرجع السابق، ص 423.

ثانيا: الالتزام بحسن النية في التفاوض

يتطلب مبدأ حسن النية في التفاوض أن تكون المفاوضات ساحة للأمان والشرف والنزاهة والصدق والتعاون لا ساحة للأكاذيب، والدسائس، والحيل والخداع، والمراوغة[1]، وهو التزام إرادي يفرضه اتفاق الطرفين وليس التزاما قانونيا مباشرا.

نجد بعض القوانين تقصر مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد فقط، وهو ما قرره كل من المشرع الجزائري في المادة 107 من القانون المدني الجزائري، والمشرع المصري في المادة 1/148 وأيضا المشرع الفرنسي المادة 3/1134. كما توجد بعض التشريعات تقرر مراعاة مبدأ حسن النية سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه، كالقانون الألماني والإيطالي والهولندي.

كما يعتبر مبدأ حسن النية أحد أهم المبادئ القانونية التي من خلالها تتم المحافظة على التوازن العقدي من خلال فرض التزامات قانونية على طرفي العقد تتغلب على حالة عدم التوازن التي قد تنشأ نتيجة اختلاف المراكز القانونية لطرفي العقد، أو لوجود ضعف تعاقدي يعتري أحدهما مقارنة مع الطرف الآخر. وقد أقر التوجيه الأوروبي صراحة بوجوب مراعاة مبدأ حسن النية بين طرفي العقد أثناء مرحلة التفاوض على شروط العقد وضرورة مراعاة اختلاف المركز التفاوضي لكليهما عند تقدير تعسفية الشروط التعاقدية.

ويتخذ حسن النية في تنفيذ هذا الالتزام الناشئ عن التفاوض مظهرا ايجابيا يقتضي من طرفيه، أو أطرافه، ليس فقط الامتناع عما يمكن وصفه بسوء النية، بل يتطلب بالإضافة إلى ذلك تدخلا إيجابيا وبذل ما في الوسع بقصد إنجاح المفاوضات، وذلك من خلال التقدم بالمقترحات الجادة والتعاون وبذل الجهد في سبيل إزالة ما يعوق سير المفاوضات دون تسرع في العدول عن المفاوضات[2].

ويعتبر أيضا مبدأ حسن النية ضابطا لسلوك المتفاوضين خارج إطار العقد ينظم عملية التفاوض بينهم، وذلك من خلال استخدام قواعد المسؤولية التقصيرية كجزاء على مخالفة مقتضيات هذا المبدأ. وتبدو أهمية التأكيد على مبدأ حسن النية في مجال المفاوضات في عقود التجارة الدولية عامة وعقود نقل التكنولوجية خاصة، حيث تجرى المفاوضات بشأنها وفقا لاستراتيجيات تقوم على المناورات خاصة وأن المفاوض طالب التكنولوجيا غالبا ما يتفاوض مع متفاوضين محترفين أي شركات عملاقة متعددة الجنسيات، الأمر الذي يفرض الالتزام بمبدأ حسن النية طوال مراحل التفاوض، أي منذ بدايتها وأثنائها وحتى نهايتها[3].

جدير بالذكر أن الالتزام بالتفاوض وحسن النية لا يعني التزام المتفاوض بإبرام العقد النهائي، فالمتفاوض يظل متمتعا بكامل حريته في التعاقد من عدمه، بحيث يكون له الانسحاب من المفاوضات والامتناع عن إبرام العقد بشرط أن يتم ذلك الانسحاب في إطار حسن النية. أيضا يذكر أن طبيعة هذا الالتزام هو بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية، بحيث يقتضي على كل طرف أن يلتزم بمقتضاه بحسن النية الواجب الالتزام بها في التفاوض، وذلك بإتباع المسلك المألوف والمعتاد بعيدا عن الغش والخداع والمناورات التفاوضية، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية: "من يتفاوض ليس عليه التزام في التعاقد فقط يلزم توافر حسن النية من قبله"[4].

---

[1]- هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية، ص 154.

[2]- محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقود الميكنة المعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2002، ص203.

[3]- يوسف خليل الأكباني، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، مناورات التفاوض على عقود التكنولوجيا والدلائل كثيرة على انتفاء مبدأ حسن النية 1998، ص 90-108.

[4] - Cass civ, 18 septembre 2012, «La bonne foi est exigée de la part de ceux qui négocient»: Ccass civ, 18 septembre 2012, «Ceux qui négocies ont la liberté de signer ou pas le contrat. Cette liberté ne connait qu'une seule limite, l'abus dans la rupture des pour parlers».

الفرع الثاني: الالتزامات التابعة لمرحلة التفاوض

إلى جانب الالتزامات الأساسية السابقة الذكر، يمكن لأطراف عقد التفاوض الاتفاق صراحة على بعض الالتزامات الأخرى التابعة أو المكملة للالتزامات الأساسية والتي تشكل في مجموعها ضوابط لمسلك المتفاوضين خلال مرحلة التفاوض، ومن هذه الالتزامات ما يلي:

أولا: الالتزام بالإعلام

يعتبر الالتزام بالإعلام قبل التعاقد أحد أهم القواعد القانونية المنصوص عنها في قوانين حماية المستهلك وتجسد هذا الالتزام أيضا في مجال العقود الإلكترونية نظرا للمخاطر التي تحيط بهذا النوع من المعاملات، وأبرزها: جهل المستهلك بشخصية المتعاقد معه، وكذا عدم درايته بالمعلومات الكافية المتعلقة بالسلع والخدمات التي يرغب في التعاقد لأجلها، إضافة إلى جهله بكافة التفاصيل الخاصة بالعقد المراد إبرامه.

نظرا للموقف الضعيف الذي يوجد فيه المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية سارعت أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري إلى إلزام المورد الإلكتروني بالإعلام الإلكتروني قبل إبرام العقد.

نظم المشرع الجزائري الالتزام بالإعلام الإلكتروني في الفصل الثالث من قانون التجارة الإلكترونية الذي خصصه المشرع لمتطلبات المعاملة التجارية الإلكترونية وذلك من خلال المواد 10 و11 و12 و13، بحيث يتضمن هذا الالتزام وجوب تقديم المورد معلومات للمستهلك قبل إبرام العقد وبعد سكوت المورد عن أحد هذه المعلومات أو عدم تقديها كاملة إخلالا من جانبه مما يرتب مسؤوليته.

إختار المشرع الجزائري للتعبير عن الالتزام بالإعلام في قانون التجارة الإلكترونية مصطلح العرض التجاري، وهو التزام قانوني سابق على التعاقد الغرض منه تنوير المستهلك. حيث نص البند الأول من المادة 12 من قانون التجارة الإلكترونية على أن:"تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية: -وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة". ويتضح من خلال المواد 11 و12 و13 مجتمعة من قانون التجارة الإلكترونية أن مضمون الالتزام بالإعلام الإلكتروني يتحقق من خلال المعلومات التي يجب أن يقدمها المورد للمستهلك قبل إبرام العقد والتي تنحصر في ثلاث عناصر أساسية، تأتي في مقدمتها المعلومات الخاصة بهوية المورد الإلكتروني ثم المعلومات المتعلقة بالسلع والخدمات المقترح تسويقها أو توفيرها، ثم المعلومات المتعلقة بشروط البيع.

1- المعلومات الخاصة بشخص المورد الإلكتروني:

تناولت المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية المعلومات الخاصة بشخص المورد الإلكتروني التي يجب أن يمكن منها المستهلك بمناسبة العرض التجاري الإلكتروني، فأوجب أن يتضمن الأخير وبطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة على الأقل: رقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والإلكترونية، ورقم هاتف المورد الإلكتروني، ورقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي.

أ- إعلام المستهلك بالهوية الجبائية للمورد، وعنوانه الإلكتروني والمادي، ورقم هاتفه بالنسبة للهوية الجبائية للمورد يذكر أن إدارة الضرائب وفقا لأحكام قانون المالية لعام 2006 اعتمدت على رقم التعريف الضريبي كأداة لتحديد دافعي الضرائب، لتحل محل رقم التعريف الإحصائي[1].

[1]- المادة 42 من القانون رقم 05-16 المؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1426 الموافق 31 ديسمبر سنة 2005، المتضمن قانون المالية لسنة 2006، ج.ر. عدد 85 لسنة 2005.

رقم التعريف الضريبي الممنوح من قبل إدارات السلطات الضريبية يشمل خمسة عشر (15) وضعية، ومع ذلك، نجده على عشرين (20) وضعية، عندما يتعلق الأمر بتسجيل إما شخص معنوي أو كيان إداري (وحدات، المؤسسات الثانوية، الكيانات الثانوية، والفروع، وما إلى ذلك من أشكال)، مشكلين موضوع ضريبي في حد ذاته.

أما هيكل رقم التعريف الضريبي فيختلف وفقا لثمان (08) فئات من دافعي الضرائب والتي يجب تحديدها، وهذه الفئات هي: الأشخاص الطبيعية، الأشخاص المعنوية، الكيانات الإدارية، مكاتب الاتصال لشركة أجنبية، الأشخاص المعنوية ذات الصفة الأجنبية، الشركات المدنية والجمعيات المعتمدة والمجموعات ذات الاهتمام المشترك والمنظمات المهنية، المنظمات المهنية أو المنظمات المهنية الزراعية، والممثلين الدبلوماسيين والقنصليات والهيئات التي أنشئت بموجب اتفاق دولي[1].

أما بالنسبة لإجراءات التسجيل للحصول على رقم التعريف الضريبي أو ما يطلق عليه أيضا رقم التعريف الجبائي بالنسبة لممارسة التجارة الإلكترونية، فالملاحظ أنه لا توجد شروط أو وثائق خاصة به، فالشركة التجارية أو التاجر المعني يخضع لنفس الإجراءات المقررة في النصوص القانونية والتنظيمية المطبقة على الشركات التجارية التقليدية.

من بين أثر رقم التعريف الضريبي كأداة للتسيير أنه:

- يضمن تتبع الأشخاص (الأشخاص الطبيعيين والمعنويين) في المكان والزمان ويكون بمثابة الجسر بين مختلف المعلومات، الموجودة في الملفات، المتعلقة بأنشطة المهنيين من دافعي الضرائب وممتلكاتهم، لتجميعها ومقارنتها.

- يسمح في الإسراع في تنفيذ مختلف أجهزة التحكم ضد التهرب الضريبي من خلال الربط البيني وعمليات المقارنة للملفات المختلفة، وإدماجه كعنصر تحديد من قبل الهيئات والمؤسسات الإدارية والمصرفية والتأمين.

- وسيلة لتسيير التجارة الخارجية، خاصة أنه مدمج في نظام المعلومات الخاصة بمصلحة الجمارك، والمتعامل الغير موجود في النظام لا يمكنه من إجراء التخليص الجمركي. وعلى أساس هذا الرقم المدمج مصلحة الإدارة العامة للضرائب تتلقى دوريا ملف المتعاملين في التجارة الخارجية، مما يتيح إدارة أفضل، وبسرعة أكبر على مستوى كل مصلحة.

- يسمح بتتبع الأموال وإدارة الحسابات المصرفية من خلال الحالات الشهرية الخاصة بتحويل الأموال من وإلى الجزائر، التي تنتقل عن طريق البنوك، مما يتيح فهم وتحليل العمليات، من خلال تقاطع الملفات، وواقع القيم المعلنة للجمارك على المبالغ المحولة، ذلك أن أي فتح لحساب مصرفي للأعمال يخضع لإجبارية الحصول على رقم التعريف الضريبي.

- يعتبر وسيلة لتسيير الملف الوطني للمحتالين، حيث يتم دمج ملف هؤلاء في نظام معلومات إدارة الجمارك، ويوضع تحت تصرف بنك الجزائر لإحالته إلى وكالات البنوك لتنفيذ التزام وجوبية وضع رقم التعريف الضريبي في أي عملية تحويل للأموال، وفتح الحسابات ودفع إصدار الشيكات لأطراف غير مقيمين؛

- يعتبر وسيلة لتسيير المدفوعات التي يقوم بها المحاسبون العموميون كتعويض لعمليات الشراء العامة: عند إرسال خدمات الخزينة العامة، للبيانات الشهرية الخاصة بالمبالغ التي دفعها لهم المحاسبون والخاصة بالصفقات العمومية أو الفواتير البسيطة التي تزيد عن 1.000.000 دج استنادا على رقم التعريف الضريبي.

1- البوابة الجزائرية لإنشاء المؤسسات/الضرائب/ رقم التعريف الضريبي.
http://www.jecreemonentreprise.dz/
تاريخ التصفح: الجمعة 26 مارس 2021 سا 15:40.

- شرط أساسي لدخول أي صفقة عمومية.

- إمكانية تتبع المعاملات التجارية وحركات رؤوس الأموال وهذا من خلال إدراج رقم التعريف الجبائي في الفواتير والعقود المختلفة مثل اشتراط إدراج رقم التعريف الجبائي في العرض التجاري الإلكتروني (المادة 10 من قانون رقم 18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية).

وأخيرا فإن رقم التعريف الضريبي أو رقم الهوية الجبائية للمورد ضروري لسجل الضرائب المؤسس بموجب أحكام قانون المالية 2006. ويعرف سجل الضرائب بأنه ملف الضرائب المركزي، لأنه يحتوي كل المعلومات الخاصة بالضرائب، سواء أكانت من مصادر داخلية أو خارجية للسلطات الضريبية، التي تم جمعها من القطاع العام أو القطاع الخاص والتي تخص الضريبة المهنية وضرائب الممتلكات لدافعي الضرائب وذلك لاستخدامها بطريقة منسقة وغير عشوائية، سواء من حيث التقييم، الرصد، وجمع الضرائب والرسوم.

إن سجل الضرائب المنشأ على أساس التعريف الضريبي يوفر المعلومات التي تخص شخص أو أكثر طبيعي أو معنوي، ويسمح بتوحيد المعلومات المتعلقة بالأنشطة التجارية وعناصر الأملاك لدافعي الضرائب (الأشخاص المعنويين والأشخاص الطبيعيين)، ويسمح للإدارة الضريبية بإرساء تسيير حديث مبني على قاعدة بيانات موحدة. وبهذا سوف تعزز مكافحة الغش والتهرب من دفع الضرائب، وحماية الاقتصاد، وخاصة في مجال مكافحة تبييض الأموال، والنقل الغير مشروع لرؤوس الأموال من وإلى الجزائر ومكافحة الجريمة الاقتصادية والمالية في جميع أشكالها[1].

إن مركزة تخزين مختلف المعلومات الجبائية في سجل الضرائب سيضمن توفير إحصائيات يمكن تلخيصها وتبويبها وتحليلها وعرضها حسب حاجيات متخذ القرار الاقتصادي على المستوى الحكومي لاستعمالها لوضع السياسات والتقديرات الاقتصادية والمالية وسياسات التحويلات والدعم الاجتماعيين.

من جهة أخرى ألزم المشرع المورد الإلكتروني بإعلام المستهلك بعناوينه المادية والإلكترونية التي تحديد مكان ممارسة نشاطه، كعنوانه المهني، ومقر الشركة الرئيسي إذا تعلق الأمر بشخص معنوي، أما إذا تعلق الأمر بشخص طبيعي، فيتم ذكر عنوانه المهني والإلكتروني الذي يمكن المستهلك من الاتصال به وتوجيه المراسلات إليه، الشيء الذي يسمح للمورد باستقبال وتلقي طلبات المستهلكين والرد عليها كما يمكنه من تقديم العروض بكل سرعة واحترافية.

ب- ألزم أيضا المشرع المورد الإلكتروني بإعلام المستهلك برقمه السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي.

ينحصر نشاط المورد الإلكتروني أساسا، بحسب نص المادة 6 الفقرة الرابعة من قانون التجارة الإلكترونية، في التسويق واقتراح توفير السلع أو الخدمات، ومن ثم فنطاق تطبيق تعريف المورد الإلكتروني ينحصر في التاجر والحرفي ولا يتعداه إلى المحترف أو المتدخل بمفهوم قانون الاستهلاك. من بين الالتزامات القانونية التي تقع على عاتق التاجر التزام التسجيل في السجل التجاري الإلكتروني[2] أما الحرفي فيلتزم بالقيد في سجل الصناعات التقليدية والحرف ونتيجة لذلك ألزم المشرع المورد الإلكتروني بضرورة إعلام المستهلك الإلكتروني برقم التسجيل في السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية.

ألزمت الفقرة 03 من المادة 11 من القانون رقم 18-05 المورد الإلكتروني بإعلام المستهلك بالرقم الخاص بسجله التجاري والذي سبق الحديث عنه عند تعرضنا لشروط ممارسة التجارة الإلكترونية.

---

[1]- البوابة الجزائرية لإنشاء المؤسسات/الضرائب/رقم التعريف الضريبي، نفس الموقع السابق.

[2]- المرسوم التنفيذي رقم 18-112 المؤرخ في 18 رجب عام 1439 الموافق 5 أبريل سنة 2018، المحدد لنموذج مستخرج السجل التجاري الصادر بواسطة أجهزة إلكتروني، ج.ر عدد 21 لسنة 2018.

قد يكون المورد الإلكتروني شخص يمارس حرفة، وهو بهذا يكون ملزم قانونا بالقيد في سجلات الصناعات التقليدية والحرفية، وبإيداع اسم النطاق لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري[1].

بحسب مفهوم الأمر المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، يقصد بالصناعة التقليدية والحرف، كل نشاط إنتاج أو إبداع أو تحويل أو ترميم فني أو صيانة أو تصليح أو أداء خدمة يطغى عليه العمل اليدوي ويمارس بصفة رئيسية ودائمة، في شكل مستقر، أو متنقل، أو معرضي، في احد مجالات النشاطات المتعلقة بالصناعة التقليدية، أو الصناعة التقليدية الفنية، أو الصناعة التقليدية الحرفية لإنتاج المواد، أو الصناعة التقليدية الحرفية للخدمات، ويكون ذلك إما فرديا، وإما ضمن تعاونية للصناعة التقليدية والحرف، وإما ضمن مقاولة للصناعة التقليدية والحرف[2].

حدد المشرع كيفيات التسجيل في سجل الصناعات التقليدية والحرفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 97-142 الذي أوجبت المادة الثانية منه على كل شخص طبيعي ومعنوي يستوفي الشروط المحددة في التشريع المعمول به ويرغب في ممارسة نشاط حرفي، إما فرديا وإما منظما ضمن تعاونية ومقاولة للصناعة التقليدية والحرف، أن يودع طلبا للتسجيل حسب شروط حددها في المادة الثالثة الموالية[3].

من ثم فرقم القيد في السجل التجاري يختلف عن رقم التسجيل في البطاقة المهنية، فالأول خاص بالتاجر أما الثاني فيتعلق بالحرفي وكلاهما يمكن أن يكون موردا إلكترونيا، ولكنهما يختلفان من حيث جهة الإصدار والآثار القانونية لكليهما، وإن كان الهدف منهما مشتركا هو تحديد هوية المورد الإلكتروني الملزم بإعلام المستهلك الإلكتروني بها للتأكيد على أن المورد المعني ليس وهميا ما يزيد من إمكانية التواصل معه.

2- المعلومات الخاصة بالسلع والخدمات

يعد الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني حول السلع والخدمات عنصر أساسي في حماية المستهلك الإلكتروني قبل التعاقد، لكون مثل هذا التعاقد يتم عن بعد وغالبا المستهلك يقدم على التعاقد دون مشاهدة السلعة أو الخدمة فيعتمد فقط على ما يدلي به البائع من معلومات أو ما يعرضه من صور على شاشة الكومبيوتر، وهذا ما دفع المشرع الجزائري، على غرار التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية المقارنة، إلى فرض الالتزام بالإعلام على المورد الإلكتروني على سبيل حماية قانونية للمستهلك.

فضمن المشرع مضمون هذا الالتزام في أحكام المادة 11 من قانون رقم 18-05 السابق الذكر، أين تطرق في البندين الثالث والرابع منها إلى التزام المورد بإعلام المستهلك الإلكتروني بطبيعة وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم، مع الإشارة لحالة توفر السلعة أو الخدمة.

أ- التزام المورد الإلكتروني بتبيان طبيعة وخصائص أسعار السلع والخدمات

لم يحدد المشرع في قانون التجارة الإلكترونية كيفية إعلام المستهلك الإلكتروني حول طبيعة وخصائص أسعار السلع والخدمات، بل ترك ذلك للتنظيم، حيث جاء في نص المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد لشروط وكيفيات إعلام المستهلك[4] أنه:"بغض النظر عن أحكام هذا المرسوم، تطبق على المنتوجات المعروضة للبيع عن طريق تقنيات الاتصال عن بعد، القواعد الآتية:

---

[1]- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر عدد 28 لسنة 23018.
المادة 9: تنشأ بطاقية وطنية للموردين الإلكترونيين لدى المركز الوطني للسجل التجاري، تضم الموردين الإلكترونيين المسجلين في السجل التجاري، أو في سجل الصناعات التقليدية والحرفية. لا يمكن ممارسة نشاط التجارة الإلكترونية إلا بعد إيداع اسم النطاق لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري. تنشر البطاقية الوطنية للموردين الإلكترونيين عن طريق الاتصالات الإلكترونية وتكون في متناول المستهلك الإلكتروني.

[2]- المادة 5 من لأمر رقم 96-01 المؤرخ في 10 يناير سنة 1996، المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، ج.ر عدد 03 لسنة 1996.

[3]- المرسوم التنفيذي رقم 97-142 المؤرخ في 30 أبريل سنة 1997، المحدد لكيفيات التسجيل في سجل الصناعة التقليدية و الحرف، ج.ر عدد 27 لسنة 1997.

[4]- المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 9 نوفمبر سنة 2013، المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج.ر عدد 58 لسنة 2013.

تقدم البيانات الإجبارية المنصوص عليها في هذا المرسوم، باستثناء تلك المتعلقة بمدة صلاحية المنتوجات، قبل إتمام الشراء وتظهر على دعامة البيع عن بعد، حيث ترسل بأي طريقة أخرى مناسبة ومحددة بوضوح من طرف المتدخل المعني، تقدم كل البيانات الإجبارية وقت التسليم.

لا تطبق الأحكام المحددة في النقطة 1 أعلاه، على المواد الغذائية المقترحة للبيع عن طريق الموزعين الآليين أو في محلات تجارية آلية".

ويقصد المشرع بتقنيات الاتصال عن بعد كل وسائل الاتصال بما فيها الإلكترونية، ويقصد بطبيعة وخصائص السلع أو الخدمات، الصفات الجوهرية للمنتوج محل الاستهلاك، ونظرا لأهمية تلك الصفات وتأثيرها في تكوين رضا المستهلك يجب أن يتحقق العلم بها لدى المستهلك. حيث يجب أن يعاين المستهلك الإلكتروني السلعة المعروضة، ويعلم أهم المميزات التي تحقق رغباته المشروعة وهو ما ذهب إليه المشرع في القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك المعدل والمتمم[1] في مادته 11:"يجب أن يلبي كل منتوج معروض للاستهلاك، الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصنفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله.

كما يجب أن يستجيب المنتوج للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث مصدره والنتائج المرجوة منه والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله وشروط حفظه والاحتياطات المتعلقة بذلك والرقابة التي أجريت عليه.

إضافة إلى هذا فإن البائع يتولى وجوبا إعلام الزبائن بأسعار السلع وتعريفات السلع والخدمات، وبشروط البيع، ويجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة. كما يجب أن تبين الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة، على أن تحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعينة عن طريق التنظيم[2].

وعليه يجب على المورد الإلكتروني أن يقوم بإعلام المستهلك فيما يخص الأسعار بصفة واضحة ودقيقة، وأن تشمل الرسوم المعتمدة قانونا كالرسم على القيمة المضافة ومصاريف الشحن عند الاقتضاء.

ب- إعلام المستهلك الإلكتروني بحالة توفر السلعة أو الخدمة

فرض المشرع هذا الالتزام بموجب الفقرة الرابعة من المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية، كما سبق الإشارة، إذ يتعين أن تكون السلعة متوفرة، وأن يحوز المورد على المخزون الكافي لتوريد المستهلك الإلكتروني، وكذا الخدمة يجب أن تكون متوفرة في الحين، أي حين إعلام المستهلك بها، فلا يجوز للمورد الإلكتروني أن يخطئ بخصوص توفر السلع والخدمات، فإذا كانت الكمية من العرض محدودة، فيجب إعلام المستهلك الإلكتروني بذلك وإعلام المستهلك أن العرض المقدم في حدود الكمية المتوفرة لدى المورد الإلكتروني، كذلك الأمر بالنسبة للخدمة التي قد تكون في صورة برنامج يتم تحميله على الحاسوب، فيجب تبيان حجم البرنامج ونظام التشغيل والتجهيزات المطلوبة لأجل تشغيله[3].

1- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15 لسنة 2009، المعدل والمتمم بقانون رقم 18-09، المؤرخ في 10 يونيو 2018 ج ر عدد35، الصادر في 13 يونيو 2018.

2- المواد 4 و5 من القوانين من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، المعدل والمتمم، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41 لسنة 2004.

3- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بغداد، 2011، ص 132.

ج- إعلام المستهلك الإلكتروني بكيفيات التسليم والآجال والمصاريف

جاء هذا الالتزام ضمن البند الخامس من المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية، ومفاده أنه يجب أن يبين المورد الإلكتروني للمستهلك الكيفية التي يتم من خلالها تسليم السلعة أو تقديم الخدمة. وهنا لابد من التفرقة بين السلعة والخدمة في هذا الإطار، فالمتعاقد على الخدمة يمكنه الحصول عليها مثلا بنقلها مباشرة عبر الشبكة إلى الحاسوب الشخصي، غير أن تسليم السلع يكون بتوضيح المورد الإلكتروني المكان والزمان المحددان للتسليم المادي الفعلي للسلعة والنفقات التي يجب دفعها أثناء التسليم[1].

يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يضبط آجال محددة يجب أن يتقيد بها المورد الإلكتروني لتسليم السلعة بل تركها لتقدير المورد الذي يقع عليه هذا العبء، وكذلك الأمر في كيفية تسليم السلعة هل يتم بعنوان المورد الإلكتروني، أو بالعنوان الخاص بالمستهلك الإلكتروني، والأمر الراجح هو أن يقوم المورد عادة بإرسال الطلبية إلى العنوان الذي يحدده المستهلك حين تأكيده للطلبية. أما فيما يخص الخدمات فإن المرسوم التنفيذي رقم 13-378 السابق الذكر في المطة الرابعة من المادة 55 منه ذكر أنه:" يجب على مقدم الخدمة أن يعلم المستهلك، بكل الوسائل الملائمة، حسب طبيعة الخدمة،... 4- تكاليف النقل والتسليم والتركيب،..."، ذلك لأنه قد تكون الخدمة أيضا تركيب جهاز معين أو صيانته، فيقوم المورد بتبيان الكيفية التي يتم بها تقديم الخدمة والمصاريف اللازمة للقيام بها والأجل الذي يجب أن تتم خلالها

3- المعلومات الخاصة بالعقد

أن يتم إعلام المستهلك الإلكتروني بالبيانات الخاصة بالمورد، وكذا السلع والخدمات لا يكفي، لذلك فرض المشرع واجب إعلام المستهلك بالمعلومات الخاصة بالعقد الاستهلاكي المراد إبرامه، وهو التزام سابق على التعاقد الهدف منه إيجاد رضا سليم كامل متنور. وقد ترجع أسباب تقرير هذا الالتزام إلى طبيعة العقد المراد إبرامه، أو صفة أحد طرفيه، أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة، أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناءا على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات[2]. وتم النص على هذا الالتزام ضمن المادة 11 البنود من 6 إلى 17 من قانون التجارة الالكترونية، وهي: الشروط العامة للبيع، لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع، طريقة حساب السعر، عندما لا يمكن تحديده مسبقا، كيفيات وإجراءات الدفع، شروط فسخ العقد عند الاقتضاء، وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية، مدة صلاحية العرض، عند الاقتضاء، شروط وآجال العدول، عند الاقتضاء، طريقة تأكيد الطلبية، موعد التسليم وسعر المنتوج موضوع الطلبية المسبقة وكيفيات إلغاء الطلبية المسبقة، عند الاقتضاء، طريقة إرجاع المنتوج أو استبداله أو تعويضه، وتكلفة استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها.

أ- الشروط العامة للبيع

يقصد بالشروط العامة للبيع تلك الشروط التي ترافق العرض التجاري الإلكتروني، فيما إذا كان يتعلق الأمر بالبيع بالتخفيض، أو بالتقسيط على سبيل المثال، فيجب إدراج الشروط التي يجب توافرها للاستفادة من البيع من قبل المستهلك، كأن يستهدف البيع فئة معينة من المهنيين دون سواهم، أو كأن يتضمن العرض تخفيضات خاصة بالطلبة الجامعيين.

في العقود المستمرة مثلا ينبغي تزويد المستهلك بالمعلومات حول المدة الدنيا للعقد إذا كان من العقود طويلة المدى، أو من العقود ذات صبغة دورية، فيجب على المورد أن يقدم البيانات اللازمة ويضعها تحت تصرف المستهلك طوال مدة العرض الموجه إليه قبل إبرام العقد[3].

---

[1]- بن خصرة زهيرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016، ص 216.

[2]- أحمد خديجي، قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري، دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2016، ص 34.

[3]- حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011-2012.

ب- البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي

البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي تمثل التزام بالإعلام وتدخل في إطار منح المستهلك الإلكتروني الأمان في مرحلة ما قبل التعاقد، فالمعطيات الشخصية ستكون مشمولة بالحماية والحفظ من قبل المورد الإلكتروني. والمعطيات ذات الطابع الشخصي يقصد بها بحسب المادة الثالثة من القانون المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي:"كل معلومة بغض النظر عن دعامتها متعلقة بشخص معرف أو قابل للتعرف عليه والمشار إليه أدناه، "الشخص المعني" بصفة مباشرة أو غير مباشرة، لاسيما بالرجوع إلى رقم التعريف أو عنصر أو عدة عناصر خاصة بهويته البدنية أو الفيزيولوجية أو الجينية أو البيومترية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية"[1].

أدرج المشرع الجزائري ضوابط حماية المعلومات ذات الطابع الشخصي للمستهلك الإلكتروني ضمن أحكام المادة 26 من قانون التجارة الإلكترونية، التي تنص: "ينبغي للمورد الإلكتروني الذي يقوم بجمع المعطيات ذات الطابع الشخصي ويشكل ملفات الزبائن والزبائن المحتملين، ألا يجمع إلا البيانات الضرورية لإبرام المعاملات التجارية. كما يجب عليه: الحصول على موافقة المستهلكين الإلكترونيين قبل جمع البيانات، ضمان أمن نظم المعلومات وسرية البيانات، الالتزام بالأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال.

يتم تحديد كيفيات تخزين المعطيات ذات الطابع الشخصي وتأمينها وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما." المقصود من خلال هذه المادة هو احترام حق الخصوصية للمستهلك الإلكتروني والذي يعد من المفاهيم المرتبطة بحقوق الإنسان والتي نصت على حمايتها العديد من الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان وكذا أغلب الدساتير الحديثة في دول العالم، ومع ظهور الانترنت ووسائل الاتصال الحديثة زاد الاهتمام بموضوع حماية الحق في الخصوصية للمستهلكين عبر شبكة الانترنت، الذي يعني احترام سرية البيانات الخاصة بهم، ويقتضي ذلك الالتزام بعدم نشر أو بث أي بيانات تتعلق بشخصياتهم أو حياتهم الخاصة والبيانات المصرفية الخاصة بأحد العملاء، ولا يتم الاحتفاظ بهذه البيانات سوى لمدة محدودة تتعلق بالنشاط التجاري أو العملية التي يقومون بها. ومن جهة أخرى لا يجوز لأية جهة التعامل في هذه المعطيات إلا بعد الحصول على موافقة كتابية من صاحب الشأن.

ج- شروط الضمان التجاري و خدمة ما بعد البيع

يجب على المورد الإلكتروني أن يعلم المستهلك الإلكتروني بشروط الاستفادة من الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع، وهو الحق الذي كفلته له المادة 13 من القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السابق الذكر، التي تنص على أن "يستفيد كل مقتن لأي منتوج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتادا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون. ويمتد هذا الضمان أيضا إلى الخدمات. يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة، في حالة ظهور عيب بالمنتوج، استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة على نفقته. يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون أعباء إضافية. يعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة. تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم". أما الحق في خدمة ما بعد البيع فقد كفلته المادة 16 الموالية من نفس القانون التي قضت بأنه "في إطار خدمة ما بعد البيع، وبعد انقضاء فترة الضمان المحددة عن طريق التنظيم، أو في كل الحالات التي لا يمكن للضمان أن يلعب دوره، يتعين على المتدخل المعني ضمان صيانة وتصليح المنتوج المعروض في السوق."

[1]- القانون رقم 18-07 المؤرخ في 10 يونيو سنة 2018، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج.ر عدد 34 لسنة 2018.

كما حدد قانون التجارة الإلكترونية في المادة 23 منه الأحكام الخاصة بضمان معاملات التجارة الإلكترونية، فأوجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته، في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا. كما أوجب من جهة مقابلة على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي، خلال مدة أقصاها أربعة (04) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، مع الإشارة إلى سبب الرفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني. كما يلزم المورد الإلكتروني بما يأتي: تسليم جديد موافق للطلبية، أو إصلاح المنتوج المعيب، أو استبدال المنتوج بآخر مماثل، أو إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع ضرر. ويجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ استلامه المنتوج.

د- طريقة حساب السعر وكيفيات إجراءات الدفع

ألزم المشرع الجزائري المورد الإلكتروني بضرورة إعلام المستهلك حول طريقة حساب أسعار السلع والخدمات وكيفيات إجراءات الدفع ضمن البنود 6 و7 من المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية. أما ضوابط الأسعار فقد تم بيانها وتحديدها في أحكام المادة الرابعة من القانون المتعلق بالمنافسة بعد تعديلها سنة 2010 التي تنص على أنه:"تحدد أسعار السلع والخدمات بصفة حرة وفقا لقواعد المنافسة الحرة والنزيهة. تتم ممارسة حرية الأسعار في ظل احترام أحكام التشريع والتنظيم المعمول بهما وكذا على أساس قواعد الإنصاف والشفافية، لا سيما تلك المتعلقة بما يأتي: تركيبة الأسعار لنشاطات الإنتاج والتوزيع وتأدية الخدمات واستيراد السلع لبيعها على حالها، هوامش الربح فيما يخص إنتاج السلع وتوزيعها أو تأدية الخدمات، شفافية الممارسات التجارية"[1].

إذا كان السعر المخصص للمنتوج أو الخدمة محددا مسبقا من قبل المشرع فإن المستهلك والمورد الإلكترونيين يجب أن يخضعا لما تمليه أحكام القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المنصوص عليها في المادة 22 منه التي توجب على كل عون اقتصادي، تطبيق هوامش الربح والأسعار المحددة أو المسقفة أو المصدق عليها طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما[2].

هذا يدل على أن المستهلك الإلكتروني من المفروض أن يعلم بالسعر عن طريق إعلامه من قبل المورد الإلكتروني، الذي يحدد طريقة حساب السعر بخلاف ما إذا كان هذا الأخير محددا سلفا من قبل القانون، وهو ما قصدته المادة 22 من قانون الممارسات التجارية ففي هذه الحالة لا يجبر على إعلام المستهلك حول طريقة حساب السعر.

وفيما يخص إجراءات وكيفيات الدفع، فللمستهلك الإلكتروني الخيار بين الدفع الإلكتروني أو الدفع بالوسائل التقليدية حسب الحالة، فيقع على عاتق المورد توضيح هذه الكيفية التي تكون إما عن طريق وسائل الدفع الإلكترونية أي بواسطة البطاقة الذكية وفي هذه الحالة يجب أن يكون المورد مزودا بمنصة للدفع الإلكتروني، أو يتم الدفع عند تسلم المنتوج بصفة عادية وفقا للطريقة التقليدية، ولقد أوضحت المادة 27 من قانون التجارة الإلكترونية كيفية الدفع في المعاملات الإلكترونية[3].

---

[1]- كانت المادة 4 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة (ج.ر. عدد 43 لسنة 2003) تنص على أن:" تحدد بصفة حرة أسعار السلع والخدمات اعتمادا على قواعد المنافسة. غير أنه، يمكن أن تقيد الدولة المبدأ العام لحرية الأسعار وفق الشروط المحددة في المادة 5 أدناه". وقد تم تعديلها بموجب أحكام المادة 3 من القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 غشت سنة 2010، ج.ر. عدد 46 لسنة 2010.

[2]- هذه المادة عدلت بالمادة 4 من القانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 غشت سنة 2010، المذكور أعلاه. وكانت قبل تعديلها تنص على أن:"كل بيع سلع أو تأدية خدمات لا تخضع لنظام حرية الأسعار، لا يمكن أن تتم إلا ضمن احترام نظام الأسعار المقننة طبقا للتشريع المعمول به."

[3]- تنص المادة 27 من القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنه:"يتم الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية إما عن بعد أو عند تسليم المنتوج، عن طريق وسائل الدفع المرخص بها، وفقا للتشريع المعمول به. عندما يكون الدفع إلكترونيا، فإنه يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض، منشأة ومستغلة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر وبريد الجزائر وموصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكية. يتم الدفع في المعاملات التجارية المبرمة للحدود، حصريا عن بعد، عبر الاتصالات الالكترونية".

ذ- شروط فسخ العقد عند الاقتضاء

تحديد شروط فسخ العقد عند الاقتضاء التزام مهم يقع على عاتق المورد الإلكتروني، فالقواعد العامة للفسخ تبدو واضحة وفقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة 119 من القانون المدني، فإنه "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك"، كما أن المادة 120 الموالية تنص على أنه:"يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي . وهذا الشرط لا يعفى من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين."

ر- إعلام المستهلك بمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية

يجب على المورد الإلكتروني أن يحيط المستهلك علما بكيفية تقديم الطلبية، وذلك سواء بإرسال رسالة إلكترونية أو الضغط على إحدى الأيقونات وتأكيد الطلبية، وكذلك بكيفية إرسال المنتوج واستلام الفاتورة، وكذا وسيلة الدفع وكيفيته إلى غيرها من التفاصيل الخاصة بعملية تلقي المنتوج أو الخدمة.

ز- مدة صلاحية العرض وشروط وأجال العدول عند الاقتضاء

يوجب القانون على المورد الإلكتروني القيام بإعلام المستهلك حول المدة التي يبقى فيها العرض التجاري ساريا، بمعنى أدق متى يبدأ ومتى ينتهي، ويعبر عنه بالإيجاب الإلكتروني وهو يسبق كل معاملة إلكترونية. ويعرف الإيجاب الإلكتروني بأنه: "تعبير جازم عن الإرادة يتم عبر تقنيات الاتصال سواء كانت مسموعة أو مرئية أو كلتيهما، ويتضمن كافة الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، بحيث ينعقد به العقد إذا ما تلاقى معه القبول". وهذا بالفعل ما قصده المشرع الجزائري حينما أورد البيانات المتعلقة بالعرض التجاري، والذي يعد بمثابة إيجاب ينتظر القبول من المستهلك الإلكتروني.

فيما يخص شروط وأجال العدول، فإن المشرع ألزم المورد بتبيان هاته الشروط وآجالها وتركها لحرية المتعاقدين، فللمورد أن يقترح في عرضه التجاري شروطا معينة وأجالا لممارسة حق العدول من قبل المستهلك، وهذا إمعانا من قبل المشرع في ضمان الحماية الكافية للمستهلك الإلكتروني الذي يواجه عمليا صعوبات في إطار التسوق الإلكتروني فهو لا يستطيع معاينة المنتوج أو الإلمام بكافة خصائصه وكذا الخدمة المقترحة كما هو الشأن في حالات التعاقد التقليدية، فضخامة الإشهار وبريقه قد يؤثران على نية وإرادة المستهلك مما يدفعه إلى التعاقد دون تبصر ودراية كافية فجاء الحق في العدول لحماية الإرادة التعاقدية للمستهلك.

س- إعلام المستهلك بطريقة إرجاع المنتوج أو استبداله أو تعويضه

إعلام المورد الإلكتروني المستهلك بطريقة إرجاع المنتوج أو استبداله أو تعويضه التزام قانوني تضمنته الفقرة 17 من المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية. ومفاده إعلام المورد للمستهلك عن كيفية إرجاع المنتوج إذا كان معيبا، أو غير مطابق للطلبية، أو استبداله، أو تعويضه حسب الحالة، وتولت المادة 23 من نفس القانون تحديد إجراءات التنفيذ[1].

[1]. المادة 23 (القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية): يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته، في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا.
يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي، خلال مدة أقصاها أربعة (04) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، مع الإشارة إلى سبب الرفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني. ويلزم المورد الإلكتروني بما يأتي: تسليم جنيد موافق للطلبية، أو إصلاح المنتوج المعيب، أو استبدال المنتوج بآخر مماثل، أو إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع ضرر.
يجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ استلامه المنتوج.

ش- إعلام المستهلك بتكلفة استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها.

ويقصد بها الأسعار المطبقة على استخدام الوسائل الإلكترونية للاتصال المعروفة، وهي الانترنت وكذلك الوسائل الإلكترونية المذكورة في القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية[1].

في الأخير في حالة سكوت المورد الإلكتروني عن ذكر معلومة من المعلومات الواردة في المواد 11 و12 و13 من قانون التجارة الإلكترونية أو في حالة تقديمها غير كاملة للمستهلك، يعد ذلك إخلال بالتزام قانوني يرتب عليه مسؤولية مدنية وجزائية.بالنسبة للمسؤولية المدنية، إذا أخل المورد الإلكتروني بالتزامه بالإعلام مخالفة للنصوص القانونية التي تنظم هذا الالتزام، التي تضمنها قانون التجارة الإلكترونية في المواد 10 و11المتعلقة بالعرض التجاري والمادة 13 المتعلقة بمضمون العقد والبيانات الأساسية التي يجب أن ترد به، منح القانون للمستهلك الإلكتروني إمكانية طلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به[2]. وبذلك فإن إخلال المورد الإلكتروني بالتزام بالإعلام يشكل خطأ تقصيري يوجب التعويض عن الضرر الذي لحق بالمستهلك. كما ألزم القانون المورد الإلكتروني، في حال إخلاله بواجب الإعلام، بإرجاع الثمن في حالة دفعه قبل توفر المنتوج في المخزون.

أما بالنسبة للمسؤولية الجزائية قرر المشرع مساءلة المورد الإلكتروني جزائيا إذا ما خالف أحد الالتزامات المنصوص عليها في المادتين 11 و12 من قانون التجارة الإلكترونية، وقرر أن يعاقبه بغرامة من 50.000 د ج إلى 500.000 د ج كما يجوز للجهة القضائية التي رفعت أمامها الدعوى أن تأمر بتعليق نفاذه إلى جميع منصات الدفع الإلكتروني لمدة لا تتجاوز ستة أشهر[3].

إضافة إلى العقوبات المالية التي قررها المشرع في حق المورد الإلكتروني، قرر المشرع الجزائري إجراء غرامة الصلح على الأشخاص المتابعين بمخالفة أحكام القانون رقم 18-05، وحدد إجراءاتها ضمن المواد 46 و47 و48 من قانون التجارة الإلكترونية[4].

---

[1]- القانون رقم 18-04 المؤرخ في 10 مايو سنة 2018، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج ر عدد 27 لسنة 2018.

[2]- **العادة 14** في حالة عدم احترام أحكام المادة 10 أو أحكام المادة 13 أعلاه، من طرف المورد الإلكتروني، يمكن المستهلك الالكتروني أن يطلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به.

[3]- **العادة 39** (القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية): يعاقب بغرامة من 50.000 د ج إلى 500.000 د ج، كل مورد إلكتروني يخالف أحد الالتزامات المنصوص عليها في المادتين 11 و12 من هذا القانون. كما يجوز للجهة القضائية التي رفعت أمامها الدعوى أن تأمر بتعليق نفاذه إلى جميع منصات الدفع الإلكتروني، لمدة لا تتجاوز ستة (6) أشهر.

[4]- القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية

العادة45: دون المساس بحقوق الضحايا في التعويض، تؤهل الإدارة المكلفة بحماية المستهلك بالقيام بإجراءات غرامة الصلح مع الأشخاص المتابعين بمخالفة أحكام هذا القانون. يجب على الأعوان المنصوص عليهم في المادة 36 من هذا القانون اقتراح غرامة صلح على المخالفين. لا يمكن إجراء غرامة الصلح في حالة العود أو المخالفات المنصوص عليها في المادتين 37 و38 من هذا القانون.

العادة36: زيادة على ضباط وأعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم بموجب قانون الاجراءات الجزائية، يؤهل لمعاينة مخالفات أحكام هذا القانون، الأعوان المنتمون للأسلاك الخاصة بالرقابة التابعون للإدارات المكلفة بالتجارة.

تتم كيفيات الرقابة ومعاينة المخالفات المنصوص عليها في هذا القانون حسب نفس الأشكال المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما، لا سيما تلك المطبقة على الممارسات التجارية وعلى شروط ممارسة الأنشطة التجارية وعلى حماية المستهلك وقمع الغش. يجب على المورد الإلكتروني السماح للأعوان المؤهلين لمعاينة المخالفات بالولوج بحرية إلى تواريخ المعاملات التجارية.

العادة37: دون المساس بتطبيق العقوبات الأشد المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يعاقب بغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من يعرض للبيع، أو يبيع عن طريق الاتصال الإلكتروني، المنتجات أو الخدمات المذكورة في المادة 3 من هذا القانون. يمكن القاضي أن يأمر بغلق الموقع الإلكتروني لمدة تتراوح من شهر (01) إلى ستة (06) أشهر.

العادة38: دون المساس بتطبيق العقوبات الأشد المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يعاقب بغرامة من 500.000 دج إلى 2.000.000 دج كل من يخالف أحكام المادة 5 من هذا القانون. يمكن القاضي أن يأمر بغلق الموقع الإلكتروني والشطب من السجل التجاري.

العادة46: مبلغ غرامة الصلح هو الحد الأدنى من الغرامة المنصوص عليها في أحكام هذا القانون. في حالة قبول المورد الإلكتروني لغرامة الصلح، تقوم الإدارة المؤهلة بإقرار تخفيض قدره 10 %.

العادة47: تبلغ المصالح التابعة لإدارة التجارة المورد الإلكتروني المخالف خلال مدة لا تتجاوز سبعة (07) أيام ابتداء من تاريخ تحرير المحضر، الأمر بالدفع عن طريق جميع الوسائل المتاحة مصحوبا بالشعار بالاستلام، يتضمن هوية المورد الإلكتروني، عنوان بريده الإلكتروني، وتاريخ وسبب المخالفة، ومراجع النصوص المطبقة ومبلغ الغرامة المفروضة بالإضافة إلى مواعيد وكيفيات الدفع. إذا لم يتم دفع الغرامة أو لم يمتثل المخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في أجل خمسة وأربعين (45) يوما، يرسل المحضر إلى الجهة القضائية المختصة.

العادة48: يضاعف مبلغ الغرامة في حالة تكرار نفس الجريمة خلال مدة لا تتجاوز اثني عشر (12) شهرا من تاريخ العقوبة المتعلقة بالجريمة السابقة.

ثانيا: التزام المفاوض بعدم إفشاء المعلومات السرية

المقصود بهذا الالتزام امتناع المفاوض عن إفشاء الأسرار والمعلومات، التي كان قد اطلع عليها خلال المفاوضات، للغير أو الاستفادة منها أو استغلالها لمنفعته إذا كان ذلك يلحق ضررا بالمفاوض الأخر المتعلقة به، سواء كانت هذه المعلومات فنية أو مهنية، لأنه ما كان له ليعلم بها لولا اتفاق التفاوض الذي أبرمه مع الطرف الأخر. وإذا أفشى هذه الأسرار دون موافقة الطرف المتفاوض معه فإنه يكون قد ارتكب خطأ يوجب المسؤولية إذا ثبت وقوع ضرر للطرف الأخر[1]. مثال ذلك عقد نقل المعرفة الفنية (**Know How**) ففي هذه العقود يدفع طالب المعرفة ثمن باهظ من أجل الحصول على المعرفة، وهو لا يقوم بدفع الثمن إلا بعد أن يحصل على أسرار هذه المعرفة، فيقوم المالك بكشف البعض من أسرار المعرفة والتي إذا عرف بها الغير أو استخدمها المفاوض لمصلحته تعرض مالكها للضرر.

من المؤكد أن مبدأ حسن النية في التفاوض يفرض على كل طرف من أطراف التفاوض عدم إفشاء المعلومات التي علم بها بسبب المفاوضات للغير، وبذلك لا يحتاج هذا الالتزام إلى اتفاق خاص بشأنه فهو التزام ضمني، غير أنه إذا اتفق الطرفان على عدم إفشاء المعلومات عندئذ يكون الاتفاق مصدر للالتزام.

ولكن في حالة عدم الاتفاق على المحافظة على السرية لا يؤثر ذلك على وجوده لأن هذا الالتزام مرتبط بالإدلاء بالبيانات، فأينما وجد الالتزام بالإدلاء بالبيانات وجب أن يقابله التزام بعدم الإساءة باستعمال المعلومات على نحو يؤذي الطرف الذي أدلى بها. والقاضي هو الذي يقدر هل المعلومات التي أعلنها أحد المفاوضين هي من المعلومات التي يقضي بها مبدأ حسن النية ويشملها الالتزام بالمحافظة على السرية أم لا وكل ذلك في ضوء التعامل الجاري[2].

ويجب التأكد أن هذا الالتزام لا ينظم مسائل غير مشروعة مثل التهرب الضريبي، أو الجمركي، أو الاحتكارات المحظورة. يجب على المفاوض أن يبلغ عن مثل هذه الحالات، وقد يطلب المفاوض في بعض العقود الهامة من المفاوض الأخر ضمانات لتنفيذ الالتزام، كالتعهد الكتابي السابق على دخول المفاوضات وأحيانا يدفع المفاوض مبلغ من النقود قبل الدخول في المفاوضات كالتأمين لعدم إخلاله بهذا الالتزام وأحيانا قد يكفي بالتعهد الأدبي[3].

وقد ورد في دليل غرفة التجارة الدولية بشأن التعاقد الإلكتروني لسنة 2004 عن حماية السرية حيث جاء فيه: "إن المقولة القديمة بأن المعلومات هي قوة تكتسب لها أهمية خاصة في عالم التعاقد الإلكتروني". فالمعلومات كثيرا ما تكون حساسة من الناحية التجارية أو مقيدة من الناحية القانونية، مثل المعلومات القابلة للاستباقة شخصيا تتطلب معالجة متكتمة، غير أن مولها الإلكتروني متاح دون قيود وربما كان أكثر تعرضا للمخاطر من المعتاد، مثل موقع على الويب من المهم إيلاء عناية خاصة للمسائل السرية.

1- يلزم في مرحلة التصميم اتخاذ القرارات على مستوى عال بالإجابة على ما يلي:
- ما هي المعلومات التي ستنشر في الموقع على الويب؟
- ما هي المعلومات التي ستطلب من الأطراف المقابلة؟

- ما إذا كان ينبغي الوصول إلى تلك المعلومات في الموقع على الويب متاحا دون قيود، أم ستظهر بصورة مقيدة فحسب، وإذا كان الأمر كذلك فكيف سيجري ذلك الوصول ومراقبته؟

وهذه القرارات لا تنطبق على المعلومات المرسلة والمتلقاة لخطة تكوين العقد لأول مرة فحسب، بل تنطبق أيضا على المعلومات المرسلة والمتلقاة أثناء سريان العقد وتنفيذه.

---

[1]- هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ص 155.
[2]- هبة ثامر محمود عبد الله، نفس المرجع، ص 156.
[3]- دليل غرفة التجارة الدولية إلى التعاقد الالكتروني، ص 12-13.

2- من المهم تنبيه الموظفين والمستخدمين داخل الشركة إلى ما قد يقع على عاتق الشركة وشركائها وزبائنها من مسؤولية إذا ما عممت المعلومات بشكل غير مأذون به. ومن ثم فإن الحصانة تقتضي أن تكون لدى الشركات قواعد جزائية داخلية واضحة تقيد إفشاء المعلومات المنشورة والمتحصل عليها خاصة بالتعاقد الإلكتروني.

3- يلزم أن يعالج العقد ذاته مسائل السرية والمسؤولية عن الإخلال بها وليس هناك شرط تعاقدي جامع مانع يكفل حماية مناسبة للمعلومات. ومن ثم يجب أن تصاغ الشروط المتعلقة بالسرية بما يناسب طبيعة المعلومات وأهميتها وكذلك الإطار القانوني الذي يعمل فيه الطرفان. غير أنه قد يكون من المفيد لدى صياغة شرط مناسب بشأن السرية أن تراعي الأمور التالية:

- ما نوع المعلومات التي يتناولها العقد، حساسة، سرية، يمكن استبانة كونها شخصية، بالغة الأهمية لمهمة ما؟

- ما هي المتطلبات الأمنية التي ترى اشتراطها بشأن هذه المعلومات، وهل تنشئ العقد التزامات معادلة لحماية تلك المعلومات؟

- هل أنشأت معلومات أصلا من طرف ثالث، وإذا كان الأمر كذلك فهل هناك التزامات مستحقة تجاه ذلك الطرف الثالث؟

- إذا ما كان الأمر يتعلق بحقوق خاصة بملكية فكرية أو أسرار تجارية هل توجد تدابير مناسبة لحمايتها؟

- هل هناك متطلبات قانونية خاصة بشأن هذه المعلومات أو أي قيود على نقلها لأي من الطرفين، وإذا كان الأمر كذلك فهل استوفيت تلك المتطلبات؟[1].

إن قانون التجارة الإلكتروني الجزائري لم ينص صراحة على مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد حين عرف العقد الإلكتروني في المادة 6 فقرة 2 منه، غير أنه ضمنيا يستفاد من المادة 11 الموالية وجود مرحلة سابقة على التعاقد، وذلك حين اشترط المشرع على المورد الإلكتروني في المعاملات التجارية الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة قبل إبرام العقد مجموعة من المعلومات.

ثالثا: الالتزام بالنصح والتحذير

تبدو أهمية هذا الالتزام بصدد العقود التي يحتاج فيها أحد الطرفين مساعدة الأخر بسبب تفاوت الخبرة، ولا شك أن ذلك ينطبق على كافة العقود الإلكترونية نظرا لسرعة التطور والتعقيدات الفنية المتلاحقة، ولاشك في قيام هذا الالتزام على عاتق المتفاوض المحترف بالنسبة للطرف الأخر حتى يبين له مدى ملائمة العقد من الناحية الفنية والمالية[2].

ويكيف القضاء هذا الالتزام بأنه التزام ببذل عناية لما قد يؤدي إليه هذا التكييف من صعوبة في إثبات الخطأ عند التقصير في أداء هذا الالتزام، إذ غالبا ما ينص في عقود خدمات المعلومات على بعض الشروط المحددة لنطاق هذا الالتزام، كتحديد أهمية الالتزام به لإبرام العقد ووضع وسائل إثبات التقصير في أدائه والنتائج المترتبة عليه التي قد تصل إلى حد إبطال العقد، متى كان للتقصير أثر مباشر على الرضا الصادر من طالب الخدمة، كما يمكن أن يتفق على فسخ العقد للتقصير في أداء الالتزام[3].

---

[1]- حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية 1991، ص 214.

[2]- مدحت محمد محمود عبد العال، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات (المقاولة، البيع، الإيجار)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 2001، ص 7.

[3]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 2005، ص 71.

تنفيذه فترة طويلة من الزمن لذا يظل للالتزام بالتعاون أهميته وذلك لحسن تنفيذ العقد والوصول إلى الغرض المنشود، كذلك التزام العميل بالتعاون مع مقدم الخدمة يقابله التزام الأخير بالاستعلام وتقديم النصح كأن ينصحه بشراء المعدات والوثائق والمستندات الضرورية والمطلوبة لإتمام العقد والإعداد الفني اللازم لرفع مستوى الخدمة، كما ينبغي تحذير العميل من كل ما من شأنه الإضرار بمصالحه المادية والأدبية، مثل لفت انتباهه إلى عدم الدخول على مواقع معينة أو خطر استخدام البرامج المعلوماتية إلا بأسلوب محدد، وعدم إساءة استخدام الهاتف النقال، ومما لاشك فيه أن الإخلال بتلك الالتزامات يثير المسؤولية العقدية ويمكن أن يعفي الطرف الأخر من مسؤوليته، فتقصير العميل بالتزامه بالتعاون يحمله مسؤولية تقصيرية[1].

يعد الالتزام بالتحذير التزام مكمل للالتزام بالتبصير والإعلام، لأن إعلام المستهلك بخطورة المنتجات وكيفية التعامل معها تعد وسيلة لبث الطمأنينة والثقة في نفس المستهلك بما يؤدي إلى ضمان الإقبال على ما يعرض من سلع وخدمات، إذ يجب على مزود الخدمة تقديم المعلومات والإرشادات المتعلقة باستخدام الأجهزة، والإفصاح للمستخدمين عن كافة المخاطر المحتملة لاستخدمها، ومراعاة القواعد المهنية في هذا الشأن. وينطبق بالدرجة الأولى على التعامل في الأشياء التي تنطوي على مخاطر تهدد أمن وسلامة الشخص سواء بطبيعتها (مواد متفجرة مثلا)، أو بسبب تشغيلها مثل الآلات الميكانيكية، ونفس الشيء بالنسبة للمعدات التي يحتاج تشغيلها لخبرة خاصة وإلا تعرضت للتلف وأدت إلى نتائج عكسية كأجهزة الحاسب الآلي[2].

والجدير بالذكر أن هذا الالتزام لا يقتصر على المتفاوض المحترف فحسب، بل يقع على المتفاوض غير المحترف أيضا، لذا يعد البائع مسؤولا إذا لم يساعد عميله في تحديد أهدافه الحقيقية من أجل تزويده بالأجهزة الأكثر ملائمة له.

رابعا: الالتزام بالتعاون

يبدو ذلك بوضوح في كافة العقود الفنية مثل برامج الحاسب الآلي لو احتاج الأمر الاستعانة بخبير أو الاستعلام لدى الشركات المتخصصة، ويمكن للعميل أن يطلب من المورد الإيضاحات الكافية في هذا الشأن، وقضي بأن تقصير العميل في التحري والاستعلام الذي يؤثر على اختياراته ويؤدي إلى حصوله على أجهزة لا تتناسب مع احتياجاته الحقيقية يؤدي إلى انعقاد مسؤوليته عن الإخلال بالتزامه، ويتحمل العميل مسؤولية تقصير المورد في إنجاز مهمته متى ثبت أن هذا التقصير راجع لإخلال العميل بالتزامه بالتعاون[3].

ويذهب الفقه إلى أن هذا الالتزام يعد أمرا جوهريا في أي عقد يرد على خدمات المعلومات نظرا لاختلاف المستوى الفني بين المهني المحترف وطالب الخدمة، ولا شك في أن هذا الالتزام يقل دوره كلما كان طالب الخدمة متخصصا في مجال المعلومات. فكلما كان المستورد عالما بأصول فن المعلومات وبثها على الشبكة كلما كانت المسؤولية مشددة في مواجهته بشأن التزامه بتحديد مواصفات المعلومات التي يرغب في استيرادها، بعكس الأمر عندما يتعلق بشخص جاهل حيث تخف درجة التشدد ويفسر كل شك لصالحه خاصة إذا كان يقابله مورد عالم ومتخصص ومهني محترف[4].

---

[1]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، نفس المرجع، ص 72.

[2] - Philippe le tourneau, L'obligation de renseignement ou de conseil, Dalloz, 1987, P 101.

[3]- حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 265.

[4]- حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 265.

خامسا: الالتزام بحظر المفاوضات الموازية

الغالب في عقود التجارة الدولية التي يكون أحد أطرفها من أشخاص القانون العام، أن تطرح مناقصات عامة على نطاق دولي واسع بهدف الوصول للمتعاقد الأخر الأكثر دراية وخبرة فنية في المجال المطلوب، وبما يحقق أهداف مشروعاتهم ويوسع من أنشطتها، فإن تم ذلك وقام أحد الطرفين أثناء المفاوضات الدائرة مع الطرف الأخر بإجراء مفاوضات موازية مع طرف ثالث، فما هو حكم هذه المفاوضات الموازية؟

مما لا شك فيه أن المبدأ الذي يتوجب الالتزام به وهو حسن النية يأبى أن تتم مفاوضات موازية، ويعتبر سيء النية الطرف الذي يفتح أو يتابع المفاوضات وهو يعلم أن ليس لديه نية في الوصول إلى اتفاق، والأمر في المفاوضات الموازية لا يعدو أن يكون كذلك، غير أن الذي يجري عليه العمل في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أنه لا يمكن حظر مثل هذه المفاوضات إلا بموجب نص خاص في عقد المفاوضات، وهو ما يحتاط إليه الأطراف دائما، ويسمى هذا الشرط بشرط القصر أو الاستبعاد وهو شرط شائع[1].

ولما كان هذا الحظر يضر بمصلحة أحد الأطراف حيث يحرمه من الوصول لطرف ثالث يقدم له عرضا أفضل، ولذا فإنه يخصص للطرف المفروض عليه الحظر مقابلا ماليا يتم الاتفاق عليه بحيث يجب أن يشتمل على تحديد مدة الشرط وموضوعه ومقداره[2].

وعليه فإن مضمون هذا الشرط وجزاء الإخلال به يتضمنه الاتفاق المبرم بين الطرفين باعتباره اتفاقا خاصا له قانونه المختار.

[1]- رجب كريم عبد الله، المرجع السابق، ص 650-654.

[2]- حمدي محمود باروت، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، مجلة جامعة الأزهر، سلسلة العلوم الإسلامية، 2010، ص 742.

الفصل الثاني: مرحلة التعاقد الإلكتروني

إن إبرام العقد الإلكتروني له ذاتية خاصة تتمثل في الاستعمال الجديد لوسائل الاتصال الحديثة كأداة لإبرام العقد، حيث أصبح تبادل الرسائل الإلكترونية من خلال الانترنت يستخدم بشكل متزايد في الحياة العملية لاسيما فيما يتعلق بإبرام العقود الإلكترونية.

من القواعد العامة المنظمة لأحكام العقد التي يتم تطبيقها على العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت نجد القواعد المنظمة لأركان العقد الواردة في النظرية العامة للعقد مع وجود بعض الاختلافات حول طبيعة هذه الأركان ودورها في تكوين العقد.

بحسب نصوص القانون المدني الجزائري، فإن أركان العقد أربعة، هي: التراضي، المحل، والسبب، ويضاف إليها الشكلية في العقود التي اشترط لها القانون ذلك. وعليه ينعقد العقد الإلكتروني إذا توافرت أركانه جميعا بحيث إذا تخلف واحد منها كان العقد باطلا.

من هنا سنتناول دراسة أركان التعاقد الإلكتروني من خلال التعرض لأركانه الثلاثة الأساسية، في مبحثين: التراضي (المبحث الأول)، والمحل والسبب والشكلية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: وجود التراضي في العقود الإلكترونية

بما أن العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبك الانترنت لا تختلف في جوهرها عن العقود التقليدية المتداولة قانونا، لذلك لا يخرج ركن التراضي عن إطار القواعد العامة المنظمة لأحكام العقد عموما وإن كانت هذه العقود تحتاج في بعض جوانبها معالجة قانونية خاصة تفتقر إليها تلك القواعد العامة.

فالعقد الإلكتروني كغيره من العقود يشترط لانعقاده توافر رضاء المتعاقدين، والتراضي في حقيقته هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، ويعد هذا الركن ركنا أساسيا لتكوين العقد عموما دون وجود خلاف حول ذلك، وتظهر هذه الحقيقة بوضوح في العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت، لأن الخصوصية التي تتميز بها هذه العقود عن غيرها هي الطريقة التي يتحقق بها التراضي وينعقد بها العقد. ذلك نتعرض للإرادة وطرق التعبير عنها إلكترونيا (المطلب الأول) ثم الإيجاب والقبول الإلكترونيين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية

الأصل في التعبير الإرادة أنه لا يخضع لشكل معين، فللمتعاقد أن يفصح عن إرادته بالطريقة التي تروق له بشرط أن يكون لها مدلول يفهمه الطرف الآخر، فكل ما يدل على وجود الإرادة يصلح قانونا للتعبير عنها، فكما يصح التعبير عن الإرادة بالكتابة أو اللفظ أو الإشارة فإنه يصح باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالته على مقصود صاحبه (المادة 60 قانون مدني جزائري). ويعد ذلك تطبيقا لمبدأ الرضائية في العقود، حيث يجوز التعبير عن الإرادة بأي وسيلة.

وعلى إثر ذلك يصح أن يتم التعبير عن الإرادة التعاقدية عبر وسائل الاتصال الإلكترونية وخاصة شبكة الانترنت متى استوفى التعبير عن الإرادة شروط صحته[1]. وتكمن خصوصية التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني في رسالة البيانات الإلكترونية (الفرع الأول)، ونظام الوكيل الذكي (الفرع الثاني) بالإضافة إلى طرق أخرى شائعة للتعبير عن الإرادة في هذه العقود (الفرع الثالث).

[1]- Lionel thoumyre, L'échange des consentements dans le commerce électronique, J C P, 2012, Jérôme HUET, le commerce électronique, GAZ, pal, 1996, P 1068.

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة بواسطة رسالة البيانات

تمثل رسالة البيانات الصورة الشائعة للتعبير عن الإرادة إلكترونيا وإبرام العقود من خلال تبادلها عبر شبكة الانترنت، وتأكيدا على ذلك نجد أن معظم التشريعات المنظمة للمعاملات التجارة الإلكترونية اهتمت بها وخصصت لها نصوصا قانونية بينت من خلالها مفهوم رسالة البيانات وأطرافها (أولا) وصلاحيتها للتعبير عن الإرادة (ثانيا)، وإسناد رسالة البيانات والإشعار باستلامها (ثالثا)، والإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة في رسالة البيانات (رابعا).

أولا: مفهوم رسالة البيانات

إن البحث في رسالة البيانات كطريقة للتعبير عن الإرادة في البيئة الإلكترونية يتطلب تعريفها (أ) ثم تحديد طرفيها وهما كل من منشئ الرسالة والمرسل إليه (ب).

أ- تعريف رسالة البيانات

عرفت الفقرة (أ) من المادة الثانية من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية رسالة البيانات بأنها: "المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي. عرفها المشرع الجزائري: "تبادل وقراءة وتخزين معلومات في شكل رسائل معطيات بين الموزعات الموجودة في مواقع متباعدة ويمكن المرسل أو المرسل إليهم قراءة الرسالة المبعوثة في وقت حقيقي أو في وقت مؤجل"[1].

وعرفتها المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي بأنها: "سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية، على وسيط ملموس أو على أي وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه".

وقد عرف قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 58 لسنة 2001 الرسالة الإلكترونية بكونها: "رسالة المعلومات وسيلة تعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي".

من خلال هذه النصوص يتضح:

- تسمى رسالة البيانات بتسميات مختلفة، منها تسمية رسالة معلومات، الرسالة الإلكترونية، سجل ومستند إلكتروني.

- أنه يجوز التعبير عن الإرادة بالإضافة إلى الوسائل التقليدية كالكتابة والتعبير اللفظي والإشارة المتداولة - برسالة بيانات - أيضا، كما جاءت التعاريف تستوعب جميع التطورات التقنية والتكنولوجية المتوقعة في مجال الاتصالات مستقبلا، حيث من الممكن أن تتولد عن تلك التطورات وسائل اتصالات جديدة. ويظهر هذا الاتجاه في تعريف رسالة البيانات في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية حيث لم يحصر الوسائل بل وردت على سبيل الأمثلة كالتبادل الإلكتروني أو البريد الإلكتروني أو التلكس...، وهذا تأكيد على المبدأ الذي يقوم عليه القانون النموذجي بالأصل وهو مبدأ "التكافؤ الوظيفي" الذي يهدف إلى توفير قواعد محايدة من حيث الوسائل.

[1]- ملحق المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 15 صفر عام 1422 الموافق 9 مايو سنة 2001، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر عدد 27 لسنة 2001.

ب- أطراف رسالة البيانات

إن استخدام رسالة البيانات في التعبير عن الإرادة وبالتالي إبرام العقود يجب أن يتم من قبل أطراف يقومون بتبادلها عبر شبكة الانترنت، وتعد مسألة تحديد طرفي رسالة البيانات في غاية الأهمية في العقود الإلكترونية التي تتميز بانعدام الوجود المادي لأطرافها، والتي قد يصعب معها تحديد كل من المنشئ والمرسل إليه حتى نتمكن من إسناد رسالة البيانات إلى منشئها وإلزامه بمضمونها، باعتبار أن المعلومات التي تتضمنها رسالة البيانات تعبر عن إرادة منشئها.

كما يتطلب إتمام التعاقد الإلكتروني تدخل أطراف أخرى إضافة إلى المنشئ والمرسل إليه، لذلك من الضروري أن نتعرض لطرفي رسالة البيانات وتمييزها عن الوسيط على الشبكة.

ب/1- المنشئ والمرسل إليه في العقود الإلكترونية

عرفت الفقرة (ج) من المادة الثانية من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية منشئ رسالة البيانات بأنه:"هو الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها، إن حدث قد تم على يديه أو نيابة عنه، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة".

أما المشرع في إمارة دبي فقد عرف المنشئ في المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية بأنه هو : "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم أو يتم بالنيابة عنه إرسال الرسالة الالكترونية أيا كانت الحالة، ولا يعتبر منشئا الجهة التي تقوم بمهمة مزود خدمات فيما يتعلق بإنتاج أو معالجة أو إرسال أو حفظ تلك الرسالة الإلكترونية وغير ذلك من الخدمات المتعلقة بها".

يفهم مما ذكر أعلاه، أن المقصود بالمنشئ في إطار العقود الإلكترونية هو الشخص الذي ينشئ رسالة البيانات ويقوم بإرسالها إلى المرسل إليه سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، أما رسائل البيانات التي يتم تبادلها بين الأجهزة المؤتمتة تلقائيا ودون تدخل عنصر بشري، فهنا تعتبر رسالة البيانات ناشئة من قبل الشخص الذي قام ببرمجة الجهاز لكي يعمل باسمه ولحسابه، كما أن تعريف المنشئ لا يشمل فقط الشخص الذي يقوم بانشاء رسالة البيانات وإبلاغها، بل يشمل أيضا الشخص الذي ينشئ الرسالة ويقوم بتخزينها دون إبلاغها[1].

أما المرسل إليه، فقد عرفته الفقرة (د) من المادة الثانية من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية بأنه: "الشخص الذي قصد المنشئ أن يتسلم رسالة البيانات، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة".

أما المشرع في إمارة دبي، فقد عرف المرسل إليه في المادة الثانية من قانون معاملات التجارة الإلكترونية، بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي قصد منشئ الرسالة توجيه رسالته إليه، ولا يعتبر مرسلا إليه الشخص الذي يقوم بتزويد الخدمات فيما يتعلق باستقبال أو معالجة أو حفظ المراسلات الإلكترونية وغير ذلك من الخدمات المتعلقة بها[2].

إذا المرسل إليه هو الشخص الذي يقصد المنشئ الاتصال به عن طريق رسالة البيانات وبذلك ميز التعريف شخص المرسل إليه عن أي شخص آخر يتلقى أو يرسل أو ينسخ رسالة البيانات أثناء عملية إرسال الرسالة.

1- قانون الانسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، ص 26.

2- يوافق هذا التعريف للمرسل إليه التعريف الوارد له في المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني والمادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني، والفقرة (ه) من المادة 2 من مشروع قانون التجارة الإلكتروني الكويتي.

نلاحظ من خلال هذه النصوص التشريعية التي عرفت كل من المنشئ والمرسل إليه استبعادها للوسيط، لذا نرى من الضروري تحديد المقصود بالوسيط وتمييزه عن كل من المنشئ والمرسل إليه.

ب/2- الوسيط على شبكة الانترنت

إن إتمام العقود الإلكترونية المبرمة بواسطة رسالة بيانات وتنفيذها يحتاج عادة إلى تدخل عدد من الأطراف، فإذا أخذنا على سبيل المثال عقد البيع المبرم عبر شبكة الانترنت بواسطة تبادل رسالة البيانات، نجد أن أغلبية هذه العقود تتعلق ببيع منتجات أو خدمات قد تعود ملكيتها لأشخاص آخرين بينما يتم عرضها من خلال المواقع الإلكترونية المختلفة للموردين على الشبكة، كما قد يتدخل عدة أشخاص في أغلب الأحوال قد تكون شركات أو مؤسسات على الشبكة ليقوم كل منهم بدور معين في انعقاد العقد أو تنفيذه، كالشركات التجارية التي تقدم خدماتها التقنية أو الشركات التي تقدم خدمات مصرفية على شبكة الانترنت من خلال ما يسمى بالعمل المصرفي عبر الانترنت أي ما يسمى بالدفع الإلكتروني، إن غالبية هذه الخدمات تقدم عادة من قبل أشخاص يسمون بالوسطاء على الشبكة.

إن التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية لم تتجاهل أهمية الوسيط في مجال العقود الإلكترونية، لذلك عرفت الفقرة (ه) من المادة الثانية من القانون الاونسترال النموذجي الوسيط بكونه الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو تقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات.

وقد عرفت المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية لمملكة البحرين تحت عنوان وسيط الشبكة بأنه: "يقصد به بالنسبة للسجل الإلكتروني الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال واستقبال وبث أو تخزين ذلك السجل الإلكتروني أو يقدم خدمات أخرى بشأن السجل الإلكتروني".

وقد عرفت المادة 13 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 58 لسنة 2001 الرسالة الإلكترونية بأنها: "رسالة المعلومات وسيلة تعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي".

ثانيا: صلاحية رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة

نصت القوانين التي تعرضت لتنظيم رسالة البيانات صراحة على جواز اعتماد رسالة البيانات كطريقة للتعبير عن الإرادة إلكترونيا سواء أكانت إيجابا أم قبولا أو مجرد دعوة إلى التفاوض أو التعاقد، وفي هذا الإطار نصت الفقرة 1 من المادة 11 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية على أنه: "في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة البيانات لذلك الغرض"، وهو الأمر الذي يستفاد منه جواز التعبير عن الإرادة بطريقة إلكترونية.

كما اعترف المشرع الفرنسي صراحة بالعقود المبرمة إلكترونيا بموجب القانون الصادر في 20 يونيو 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي **LCEN**، والذي يعد خطوة مهمة في تنظيم العديد من المسائل المرتبطة بالعقود الإلكترونية، وأصدر المرسوم رقم 674 لسنة 2005 المتعلق باستكمال صيغ العقود الإلكترونية، حيث يعتبر هذا القانون استكمالا من قبل المشرع الفرنسي لقانون الثقة في الاقتصاد الرقمي.

وفي نفس الاتجاه نصت المادة 13 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه: "تعتبر رسالة البيانات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي".

في ضوء هذه النصوص يمكن القول أن التعبير عن الإرادة غير مرتبط بشكلية معينة أو بطريقة معينة، حيث لم تحصر التشريعات المنظمة لأحكام العقد طرق التعبير عن الإرادة وإنما أشارت إلى بعض الطرق المألوفة والمعتاد عليها على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، لذلك فإن النص على جواز استخدام رسالة البيانات في التعبير عن الإرادة ما هو إلا تأكيد لمضمون القاعدة العامة وأن هذه النصوص الخاصة برسالة البيانات لا تمس القواعد التقليدية بل تعد تطبيقا لها. كما لا يؤثر استخدام رسائل البيانات في التعاقد على صحة العقد أو قابليته للتنفيذ، وهذا المبدأ أكد عليه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في معظم نصوصه[1].

ثالثا: إسناد رسالة البيانات والإشعار باستلامها

تعد رسالة البيانات وسيلة للتعبير عن الإرادة إلكترونيا بين أطراف قد يجدون أنفسهم في أماكن متباعدة، لذلك كان من الضروري وضع ضوابط للاعتماد عليها لإسناد كل رسالة إلى منشئها وإلزامه بمضمونها وما يترتب عليها من آثار قانونية، ويطمئن المرسل إليه في نفس الوقت بأن يتصرف على أساس أن الرسالة تجسد إرادة المنشئ. كما يتطلب الأمان في تبادل رسائل البيانات أن يقوم المرسل إليه بإشعار المنشئ باستلامه لرسالة البيانات، ونظرا لأهمية هذه المسائل نجد التشريعات نظمتها في إطار نصوص قانونية خاصة.

أ- إسناد رسالة البيانات

نظرا لأهمية إسناد رسالة البيانات إلى من أنشأها أو أرسلها، وضعت التشريعات ضوابط يمكن الاعتماد عليها في هذا المجال، فقد جاء في المادة 13 فقرة 1 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، أنه: "تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه". بينما اعتبرت الفقرة الثانية من نفس المادة أن رسالة البيانات - في إطار العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه - صادرة عن المنشئ إذا أرسلت من قبل شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ سواء كان نائبا قانونيا كالولي على القاصر أو نائبا اتفاقا كالوكيل مثل المدير المفوض للشركة أو نائبا قضائيا أو من خلال نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا لحساب المنشئ. أما الفقرة الثالثة من نفس المادة فقررت قرينة قانونية لصالح المرسل إليه مفادها أن يفترض صدور الرسالة عن المنشئ حتى ولو كانت لم تصدر عنه شخصيا أو عن وكيله أو الوسيط الإلكتروني الذي يعمل نيابة عنه باسمه، ويستطيع المرسل إليه أن يتصرف على أساس هذا الافتراض في حالتين:

الحالة الأولى: إذا قام المرسل إليه بتطبيق إجراء سبق وأن تم الاتفاق على إتباعه تجاه المنشئ لأجل التأكد من أن الرسالة صدرت عن المنشئ.

الحالة الثانية: إذا كانت الرسالة التي وصلت إلى المرسل إليه ناتجة عن إجراءات وتصرفات قام بها شخص تابع للمنشئ أو من ينوب عنه أو حتى أي شخص آخر تمكن بحكم علاقته بالمنشئ أو بمن ينوب عنه من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات أن رسالة البيانات صادرة عنه فعلا بغض النظر فيما إذا كان هذا الشخص قد توصل إلى استخدام هذه الطريقة بصورة مشروعة أم لا، إلا إذا كان المرسل إليه سيئ النية وهو يعلم أو كان بإمكانه أن يعلم ببذل عناية معقولة أن استخدام تلك الطريقة غير مشروع وتم من قبل أجنبي.

وتشير الفقرة الرابعة من نفس المادة السابقة إلى أن المرسل إليه لا يستطيع أن يستمر في افتراضه بأن الرسالة صدرت عن المنشئ، وأن القرينة المقررة لصالحه بموجب الفقرة السابقة هي قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات عكسها من قبل المنشئ وأن ينفي نسبة الرسالة إليه، وذلك في حالتين:

[1]- أنظر المواد 5 و9 و13 من قانون الانسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية.

الحالة الأولى: إذا استلم المرسل إليه إشعارا من المنشئ يفيد بأن تلك الرسالة لم تكن صادرة عنه بشرط أن تتاح للمرسل إليه فترة زمنية معقولة لكي يستطيع فيها أن يرتب أموره ويتصرف على هذا الأساس، فإذا كان المرسل إليه هو مورد البضائع في عقد التوريد مثلا فيحتاج إلى وقت زمني لكي ينظم إنتاجه حسب مقتضى الحال[1]، ولكن يبقى المنشئ مسؤولا عن الآثار القانونية المترتبة قبل الإشعار ويعفى فقط من الآثار القانونية التي تترتب بعد الإشعار، وذلك حماية لاستقرار المعاملات وتوفير الثقة والأمان في المعاملات الإلكترونية[2].

الحالة الثانية: إذا كان المرسل إليه يعلم أو كان بإمكانه أن يعلم ببذل عناية معقولة أو باستخدام إجراء متفق عليه في هذا المجال، أن رسالة البيانات ليست صادرة عن المنشئ بل إن الشخص الذي أرسل الرسالة هو شخص أجنبي وقام باستخدام غير مشروع للوسيلة المستخدمة للتحقق من صدور الرسالة عن المنشئ.

ب- الإشعار باستلام رسالة البيانات

يطلب هذا النظام من المرسل إليه أن يقوم بإشعار المنشئ باستلامه لرسالة البيانات التي بعث بها إليه، سواء بموجب اتفاق بين المنشئ والمرسل إليه قبل التبادل، أو أثناءه، أو بموجب شرط يضعه المنشئ مسبقا، أو مع رسالة البيانات ذاتها. ونظرا لأهمية هذا النظام وقيمته القانونية فإن أغلب التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية نظمت هذه المسألة بموجب نصوص قانونية خاصة، سنحاول بحثها وفق الفقرات الآتية[3]:

ب/1- حالة وجود شرط بتلقي الإشعار بالاستلام يلزم به المرسل إليه

بموجب الفقرة الأولى من المادة **14**من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، يكون المرسل إليه ملزما بإشعار المنشئ باستلام رسالة البيانات الصادرة منه في الحالات الآتية:

- إذا وجد اتفاق سابق بين الطرفين (المنشئ والمرسل إليه) على قيام المرسل إليه بإشعار المنشئ بالاستلام.

- إذا حصل الاتفاق على ذلك عند إرسال رسالة البيانات - إذا اشترط المنشئ على المرسل إليه بأن يقوم بإشعاره باستلام الرسالة من جانبه، وذلك إما بالنص على هذا الشرط في رسالة البيانات ذاتها أو برسالة مستقلة عن تلك الرسالة. فهنا إذا اشترط المنشئ ضرورة قيام المرسل إليه بإرسال إشعار بتلقيه رسالة البيانات، فإن رسالة البيانات لن يترتب عليها الأثر القانوني من إنشاء الالتزام أو تعديله أو إنهائه إلا إذا تلقى المنشئ هذا الإشعار.

وفي إطار العقود الالكترونية المبرمة بواسطة رسالة البيانات التي تتضمن مثل هذا الاشتراط، يمكن تكييف إرسال الإشعار على أساس أنه شرط واقف، ويكون العقد الإلكتروني في هذه الحالة معلقا على هذا الشرط الواقف وهو إرسال الإشعار بالاستلام، فإذا لم يتم الإشعار لم ينشأ العقد، وهنا تظهر القيمة القانونية للإشعار.

---

[1]- قانون الانسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، ص47.

[2]- نفس القانون، ص46.

[3]- الفقرة 1 من المادة 13 من قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية التي نصت على أنه: "تسري الفقرات 2 إلى 4 من هذه المادة عند أو قبل إرسال سجل إلكتروني أو بواسطة ذلك السجل الإلكتروني نفسه إذا ما طلب المنشئ أو اتفق مع المرسل إليه على الإقرار بتسلم السجل الإلكتروني، وكذلك الفقرة (أ) من المادة 16 من قانون المعاملات الإلكتروني الأردني والفقرة الأولى من المادة 16 من قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية.

ب/2- طريقة الإشعار بالاستلام

بموجب الفقرة 2 من المادة 14 من القانون التوجيهي للتجارة الإلكترونية، إذا لم يكن المنشئ قد اتفق مع المرسل إليه على أن يكون الإشعار وفق شكل معين أو طريقة معينة، فإنه يجوز أن يكون الإشعار بالاستلام عن طريق أي إجراء أو بلاغ من جانب المرسل إليه، وبأية وسيلة اتصال سواء أكانت وسيلة إلكترونية كالتلفون أو الفاكس أو رسالة البيانات أو جهاز مبرمج أو أية وسيلة أخرى حتى الإشعار الكتابي[1]، وكذلك بأي أسلوب من جانب المرسل إليه بما يكفي لإشعار المنشئ باستلام الرسالة، سواء كان السلوك ماديا كأن يقوم المرسل إليه بشحن البضائع موضوع الرسالة أو قانونيا كأن يقوم المرسل إليه ببيع البضائع موضوع الرسالة. ولكن بموجب الفقرة 3 من نفس المادة، إذا تم تحديد طريقة معينة للإشعار باتفاق الطرفين أو باشتراط المنشئ وحده، فإنه يجب أن يتحقق الإشعار بالاستلام بهذه الطريقة، وإلا تعامل الرسالة وكأنها لم ترسل أصلا فيما يتعلق بترتيب حقوق والتزامات قانونية بين المنشئ والمرسل إليه، وذلك إلى حين استلام المنشئ للإشعار[2].

ب/3- حالة عدم وجود شرط بتلقي الإشعار بالاستلام

تناولت الفقرة 4 من المادة 14 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية[3] الحالة التي لا يشترط المنشئ تلقي الإشعار بالاستلام ولم يعلق أثر رسالته على تسلم ذلك الإشعار، فإذا لم يحصل ذلك في غضون وقت معقول، فيحق للمنشئ أن يوجه إشعارا لاحقا[4] إلى المرسل إليه يذكره بأنه لم يتلق إشعارا بالاستلام ويحدد وقتا معقولا يجب فيه على المرسل إليه إشعاره بالاستلام، فإذا لم يتم ذلك خلال الوقت المحدد، فإنه من حق المنشئ أن يعامل رسالة البيانات وكأنها لم ترسل أصلا.

ب/4- علاقة الإشعار بالاستلام مع صحة مضمون رسالة البيانات المستلمة وشروطها التقنية

تنص الفقرة 5 من المادة 14 من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية بأنه: إذا كان تلقي المنشئ إشعارا من المرسل إليه بتسلمه للرسالة يعد قرينة قانونية بسيطة لمصلحة المنشئ على وصول الرسالة إلى المرسل إليه وتسلمه لها، لكن هذا لا يعني دليلا أو قرينة قانونية على سلامة وصحة مضمون رسالة البيانات التي تسلمها المرسل إليه[5]

وتطابقها مع الرسالة التي أرسلها المنشئ وذلك لاحتمال حدوث خطأ في الإرسال أو التسلم قد يؤدي إلى عدم التطابق بين التعبير عن الإرادة عن طريق رسالة البيانات وحقيقتها[6].

1- قانون الاسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، ص 48.

2- الفقرة (ب) من المادة 16 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني والتي نصت على أنه:"إذا علق المنشئ أثر رسالة المعلومات على تسلمه إشعارا من المرسل إليه بتسلم تلك الرسالة، تعامل الرسالة وكأنها لم تكن إلى حين تسلمه لذلك الإشعار". وكذلك الفقرة الثالثة من المادة 16 من قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية والفقرة 3 من المادة 13 من قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية.

3- تنص الفقرة (ج) من المادة 64 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه:"إذا طلب المنشئ من المرسل إليه إرسال إشعار تسلم رسالة المعلومات ولم يحدد أجلا لذلك ولم يعلق أثر الرسالة على تسلمه ذلك الإشعار فله في حالة عدم تسلمه الإشعار خلال مدة معقولة، أن يوجه إلى المرسل إليه تذكيرا بوجوب إرسال الإشعار خلال مدة إرسال محددة تحت طائلة اعتبار الرسالة ملغاة إذا لم يتسلم الإشعار خلال هذه المدة"، وكذلك الفقرة الرابعة من المادة 13 من قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية، والفقرة 4 من المادة 16 من قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية.

4- اشترط المشرع في مملكة البحرين في الفقرة (أ) من المادة 4/13 من قانون المعاملات الإلكترونية على أن يكون إشعار المنشئ للمرسل إليه كتابا.

5- تنص الفقرة 5 من المادة 13 من قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية على انه:"إذا تسلم المنشئ إقرارا بالتسلم من المرسل إليه فانه يفترض ما لم يثبت خلاف ذلك أن السجل الإلكتروني ذا العلاقة يكون قد تم تسلمه من قبل المرسل إليه، لا ينطوي هذا الافتراض على أن محتويات السجل الإلكتروني مطابقة للسجل الذي تم تسلمه". كذلك الفقرة (د) من المادة 16 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني والفقرة 5 من المادة 16 من قانون دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية.

6- قانون الاسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، ص11.

وقد وضعت الفقرة 6 من نفس المادة معيارا لاستيفاء الشروط التقنية في رسالة البيانات، وكان ذلك من خلال الإشعار بالتسلم، إذ ذكر فيها أن رسالة البيانات ذات الصلة قد استوفت الشروط الفنية سواء المتفق عليها أو المحددة في المعايير المعمول بها، فإن ذلك يفترض أن تلك الشروط قد استوفيت ما لم يتم إثبات العكس[1].

تتعلق هذه الفقرة بالجوانب الفنية لرسالة البيانات، وتظهر المشاكل الفنية في الرسالة عند تسلمها من قبل المرسل إليه، إذ قد لا يستطيع الجهاز المستخدم من قبل المرسل إليه أن يترجم الترددات العددية إلى النص والصورة، ونتيجة لذلك لا تكون رسالة البيانات قابلة للقراءة[2]، وفي أغلب الأحوال يعود السبب في ذلك إلى عدم وجود أجهزة إلكترونية متساوية أوفي نفس المستوى التكنولوجي والوظيفي لدى الطرفين[3] بحيث تكون لها الكفاءة لأداء نفس الوظائف بشكل كامل، لذا ففي هذه الحالة إذا كان الإشعار بالتسلم يتضمن ما يدل على استيفاء الرسالة للشروط الفنية خاصة من حيث تركيب الجمل بشكل تكون صالحة للقراءة، فهنا يستطيع المنشئ أن يتصرف على أساس أن رسالته استوفت الشروط الفنية.

رابعا: الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة في رسالة البيانات

فيما يتعلق بمسألة هل يعتد بالإرادة الظاهرة المعبر عنها برسالة البيانات أم بالإرادة الحقيقية للمنشئ، نجد أن أغلبية التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية لم تتعرض لها، غير أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية عالج هذه المسألة في الفقرة 5 من المادة 13 في إطار إسناد رسائل البيانات والتي تنص على أنه: "عندما تكون رسالة البيانات صادرة عن المنشئ أو عندما تعتبر أنها صادرة عن المنشئ، أو عندما يكون من حق المرسل إليه أن يتصرف على أساس هذا الافتراض، يحق عندئذ للمرسل إليه، في إطار علاقته بالمنشئ، أن يعتبر أن رسالة البيانات كما تسلمها هي الرسالة التي قصد المنشئ إرسالها وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض، ولا يكون للمرسل إليه ذلك الحق متى عرف أو كان عليه أن يعرف إذا بذل عناية معقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه أن البث أسفر عن خطأ في رسالة البيانات كما تسلمها"

ومن التشريعات العربية التي تعرضت إلى هذه المسألة قانون إمارة دبي لمعاملات التجارة الإلكترونية، وكان ذلك في الفقرتين 5 و7 من المادة 15 منه، حيث جاء في الفقرة 5:"عندما تكون الرسالة الإلكترونية صادرة أو تعتبر أنها صادرة عن المنشئ أو عندما يكون من حق المرسل إليه أن يتصرف على أساس هذا الافتراض وفقا للفقرات 1، 2، 3 من هذه المادة، يحق عندئذ للمرسل إليه في إطار العلاقة بينه وبين المنشئ أن يعتبر أن الرسالة الإلكترونية المستلمة هي الرسالة التي قصد المنشئ أن يرسلها، وأن يتصرف على هذا الأساس". أما في الفقرة 7 فأكد القانون على أنه: "لا يكون للمرسل إليه الحق في الافتراض والاستنتاج الوارد في الفقرة 5 متى عرف أو كان عليه أن يعرف إذا بذل عناية معقولة أو استخدم إجراء متفقا عليه بأن البث أسفر عن أي خطأ في الرسالة الإلكترونية كما استلمها".

الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة بواسطة الوكيل الذكي

إذا كان العقد في مفهومه التقليدي يبرم بين إنسان وإنسان آخر فإن الأمر يختلف في نطاق العقود الإلكترونية، لأن بعض التعاقدات والمعاملات الإلكترونية أصبحت تتم بدون تدخل أي عنصر بشري، إذ يجري حاليا وبشكل متزايد استخدام الوكيل الذكي في إبرام العقود التي تتم عن طريق الانترنت، فنظرا للخصائص التي يتمتع بها الوكيل الذكي من استقلالية وذكاء وتعلم وتلقائية في التصرف أصبح له دورا إيجابيا في المعاملات الإلكترونية مكنته من القيام بتصرفات تقربه من تصرفات الإنسان أي فرضية ما يسمى "متعاقد اصطناعي ذكي".

---

[1]- تنص الفقرة 6 من المادة 13 من قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية على أنه: "حيثما يتم الإقرار بأن السجل الإلكتروني ذا العلاقة يستوفي الاشتراطات الفنية إما المتفق عليها أو المنصوص عليها في الأنظمة السارية وفقا لهذا القانون فإنه من المفترض أنه قد تم استيفاء هذه الاشتراطات"، أيضا الفقرة 6 من المادة 16 من قانون دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية:"

[2]- قانون الانسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، ص 11.

[3]- قانون الانسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، ص 50.

إدراكا لأهمية الوكيل الذكي في نطاق التجارة الإلكترونية، فقد حاولت العديد من الدول الاعتراف بصحة العقود المبرمة من قبل الوكلاء الإلكترونيين بشكل عام، فيوجد العديد من الأعمال العلمية الدولية والتشريعات تعالج بشكل مباشر أو غير مباشر مسألة تدخل الوكيل الإلكتروني في إبرام العقود عبر شبكة الانترنت، منها اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية الصادرة في 2005 (المادة 12) التي تنص لا يجوز إنكار صحة أو إمكانية نفاذ العقد الذي يكون بالتفاعل بين نظام رسائل آلي وشخص طبيعي أو بالتفاعل بين نظامي رسائل آليين لمجرد عدم مراجعة شخص طبيعي كلا من الأفعال التي قامت بها نظم الرسائل الآلية أو العقد الناتج عن تلك الأفعال وتدخله فيها. في الولايات المتحدة الأمريكية هناك ثلاث نصوص قانونية رئيسية متوفرة عالجت استخدام الوكيل الإلكتروني في إبرام التصرفات القانونية عبر شبكة الانترنت، وهي: القانون الموحد للمعاملات ومعلومات الكمبيوتر **UCITA**[1] وقانون التجارة الإلكترونية على المستوى الدولي، وقانون التجارة الوطني (**E-Sign**)، وقانون الولايات المتحدة للمعاملات الإلكترونية (**UETA**)[2].

استنادا إلى الصفات والخصائص التي يتمتع بها الوكيل الذكي وما يترتب عنها من أداء مهمته المكلف بها باستقلالية، نتساءل عن طبيعة هذا البرنامج ومدى تأثيره على العملية العقدية، لأن تحديد هذه الطبيعة يتوقف عليه الفصل في مسائل قانونية مهمة من بينها: ما المقصود بالوكيل الذكي (أولا)؟ وهل ممكن إضفاء صفة الوكيل الفعلي على الوكيل الذكي أم أنه لا يخرج عن كونه مجرد أداة اتصال وأن الإرادة الوحيدة الفعلية المعتبرة في التعامل الإلكتروني هي إرادة المستخدم (ثانيا)؟ وهل يمكن إدراجه في نطاق الشخصية القانونية التي تتمتع بها الشركة (ثالثا)؟

أولا: مفهوم الوكيل الذكي وخصائصه

على الرغم من انتشار مصطلح الوكيل الإلكتروني أو الوكيل الذكي في مقالات الفقه والتشريعات التي عالجت التصرفات الصادرة من هذا الوكيل إلا أن مضمون هذا المصطلح ليس محل اتفاق، الأمر الذي يقتضي وضع تعريف للوكيل الذكي(أ) ثم تعداد خصائصه التي تجعله على حد قول البعض يتشابه بالوكيل البشري (ب).

أ- تعريف الوكيل الذكي

على الرغم من شيوع استخدام مصطلح الوكيل على نطاق واسع من قبل العديد من الأشخاص اللذين يعملون في مجالات ترتبط به ارتباطا وثيقا، فإنهم وجدوا صعوبة في وضع تعريف واحد مقبول عالميا، بالإضافة إلى أن هناك كثير من المرادفات للفظ الوكيل الذكي نذكر منها على سبيل المثال: الروبوت، البرامج المعرفة أو المهام، الوكيل الإلكتروني، وكيل البرامج والوكيل المستقل، الوكيل الشخصي والمساعد الشخصي. أول تعريف للوكيل الذكي قدمه **Jacque Ferber** الذي اتجه إلى أنه: كيان مستقل حقيقي أو مجرد قادر على العمل مع نفسه وبيئته وفي عالم متعدد الوكلاء يمكنه التواصل مع غيره وسلوكه نتيجة لملاحظاته والمعرفة والتفاعل مع الوكلاء الأخرين[3]. أما **wooldridge** فعرف الوكيل الذكي بأنه عبارة عن برنامج كمبيوتر يتفاعل في بيئته ولديه سلوك مستقل في العمل مما يمكنه من تحقيق الأهداف التي من اجلها تم تصميمه[4].

في وقت لاحق اقترح **Jennings** تعريف الوكيل الذكي بأنه: نظام كمبيوتر موجود في تلك البيئة، وهو وسيلة مستقلة مرنة لتحقيق الأهداف الذي من أجلها تم تصميمه "[5].

---

[1]- UNIFORM COMPUTER INFORMATION TRANSACTIONS ACT

[2]- UNIFORM ELECTRONIC TRANSACTIONS ACT (1999)

[3]- Jacque Ferber, Les systèmes multiagents vers une intelligence collective, 1995, P43.

[4]-M.Wooldridge et Jennings, Intelligent agents: Theory and practice, knowledge engineering, Review, Vol, 10 W°, 2 Jun 1995, Cambridge University Press1995, P67

أشار إليه: أحمد كمال أحمد، الطبيعة القانونية للوكيل الذكي على شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، المركز القومي للاصدارات القانونية القاهرة، مصر 2017، ص 59

[5]- Jennings, Application of intelligent agents, 1998, P 34.

ويقصد ب "موجود"، أن الوكيل الذكي يكون قادرا على التصرف بشأن البيئة من المدخلات الحسية التي يتلقاها من نفس البيئة، الأمثلة على ذلك أنظمة التحكم في العمليات، الأنظمة المدمجة، وأما "الاستقلال" فيعني أن الوكيل الذكي يكون قادرا على التصرف دون تدخل من الغير بشر أو وكيل ويسيطر على الأعمال الخاصة به وحالته الداخلية، وتعني "المرونة" أن الوكيل الذكي يتميز بالتفاعل وروح المبادرة والمظهر الخارجي. قد عرفت الجمعية الفرنسية للتوحيد القياسي (AFNOR) الوكيل الذكي بأنه: الكائن الذي يستخدم تقنيات الذكاء الاصطناعي ويكيف سلوكه مع بيئته ويحفظ خبراتها وتجربها، ويعمل كنظام فرعي قادر على التعلم وإثراء النظام الذي يستخدمه، ومع مرور الوقت يقوم بمعالجة المعلومات بشكل آلي ومراقبتها وتخزينها أو نقلها. من جانب آخر، يرى البعض من الفقه أن الوكيل الذكي يقابل وجود الذكاء الاصطناعي وكثيرا ما يشار إليه بالبرنامج، لكن البعض من الوكلاء يدعون الذكاء ومن خلال الممارسة يظهر أنها تتمتع بقليل من الذكاء في برامجها وغالبا ما تتضمن اختيار "الذكاء" صفة لاعتبارات التسويق وليس لقدرة حقيقية.

مما لاشك فيه أن تعدد تعريفات الوكيل الذكي يدل على مدى تعقيدات هذا المجال يتحدث **Patrick Baldit** في تقريره عام 1979 عن عدم وجود تعريف واضح: لا يوجد تعريف واحد متفق عليه للوكيل الذكي في العالم "[1]

ويمكن أن يرجع سبب الإخفاق في وضع تعريف مستقر للوكيل الذكي إلى أنه محل اهتمام لكثير من العلوم المختلفة، الذكاء الاصطناعي، والعلوم الاجتماعية، وعلم نظم المعلومات، وعلم الحاسوب، وعلم إدارة الأعمال والاقتصاد والقانون، ويعتبر الوكيل الذكي مادة بحث أساسية بسبب الفائدة التي يحققها لتلك التخصصات المتنوعة، وبالتالي اتخذ كل تخصص منهج تعريفي مختلف ومتميز في تعريف الوكيل الذكي مما لا شك فيه أن كل وكيل ذكي هو نظام حاسوبي والعكس ليس صحيحا بمعنى ليس كل نظام حاسوبي يصلح لأن يكون وكيلا ذكيا، فهذا يعتمد بالتأكيد على نوع الوكيل الذكي المستخدم والهدف من استخدامه ودرجة تقدمه ومقدار تفاعله مع التغيرات المحيطة به، فالوكيل يمكن أن يكون من الأجهزة أو البرامج، وإما أن يكون إدراكي "معرفي" أو تفاعلي والذكاء موجود نظريا في كلتا الحالتين ولكن بدرجات مختلفة ومع ذلك يجتمعون تحت مصطلح عام "وكيل ذكي" أو "نظام ذكي" مع الاهتمام بتطوير بعض الصفات الأخرى للوكلاء ومعرفة التصنيف الخاص بهم[2].

عند الحديث عن تشريعات الدول التي قننت الوكيل الذكي من المهم البدء بالتشريعات الأمريكية كونها رائدة في هذا المجال، و لذلك من الطبيعي أن تكون البداية من قانون المعاملات الإلكترونية الموحد UETA[3] الذي تعرض صراحة لتعريف الوكيل الإلكتروني في المادة 2 فقرة 6 بالنص على أنه: برنامج حاسوبي أو أية وسيلة إلكترونية أو آلية أخرى يتم استخدامه لاستهلال إجراء ما أو للاستجابة كليا أو جزئيا لسجل إلكتروني دون مراجعة أو تدخل من جانب شخص[4].

---

[1]- Patrick BALDIT, Les agents intelligents : qui sont-ils? Que font-ils ? Où nous mènent-ils? Direction de l'information scientifique et technique CEA/Saclay, Rapport CEA-R-5777, Gif-Sur-Yvette, 1977, P5.

[2]- يقسم الأستاذ **REVELLI** الوكلاء إلى وكلاء بدائيين ويقصد بهم الوكلاء الذين يقدمون خدمات غير متطورة مثل وكيل البحث عن المعلومات، ووكلاء متطورين وهم وكلاء الشراء والبيع المستخدمين في التجارة الإلكترونية، وهم متطورون في رأيه لأنهم يقدمون خدمات جديدة مثل التفاوض والتعاقد عبر شبكة الأنترنت، شريف محمد غنام، دور الوكيل الإلكتروني في التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2012، ص 31.

[3]- القانون الموحد للمعاملات الإلكترونية الصادر عام 1999 وهو ليس قانون اتحادي قابل للتنفيذ من قبل القضاء- تم صياغته واعتمده المؤتمر الوطني للمفوضية بشأن القوانين الموحدة في الدولة أملا في أن يتم سنه من قبل المجالس التشريعية للولايات NCCUSL وهي منظمة غير ربحية أنشأت عام 1892، وغرضها تعزيز توحيد القانون وصياغة قوانين دولة نموذجية وتشجيع الدول على تطبيقها.

ولكن اعتبارا من بداية عام 2004 سن من قبل ستة وأربعين (46) ولاية، ويتناول القانون في عشرة صفحات- التوقيعات الرقمية والعقود الإلكترونية والمعاملات الآلية والتعاملات بين الطرفين عندما يتفق الطرفان على إجراء التعامل عن طريق الوسائل الإلكترونية- ووضع هذا القانون مجموعة من القواعد التي تطبق على الوكلاء الإلكترونيين.

[4]- Sixth paragraph of the article 2: A computer program, or electronic or other means, used by a person to initiate an action, or to respond to electronic messages or performances, on the person's behalf without review or action by an individual at the time of action or response to the message or performance

وفقا لهذا التعريف يعتبر الوكيل الذكي برنامج كمبيوتر يتمتع بالاستقلالية عند أدائه لعمل معين وهو يتناسب مع ما ذكر في التعريفات الفنية التي ذكرت سابقا، كما أن هذا القانون الموحد للمعاملات الإلكترونية **UETA** يعتبر من أوائل الأنظمة التشريعية التي تضمنت مفهوم العقود التي يجري إنشاؤها دون أي تدخل بشري، والأمر هو ذاته في المادة الثانية من قانون التجارة الموحد الأمريكي **UCC** بعد تعديلها سنة 2003 فمصطلح "الوكيل الإلكتروني" في كلا القانونين يشير إلى نفس الشيء.

إلى جانب ذلك، يوجد قانون أمريكي آخر، هو القانون الموحد للمعاملات المتعلقة بمعلومات الكمبيوتر **UCITA** الصادر عام 1999 ويهدف إلى النص على مجموعة متكاملة من القواعد القانونية الموحدة للمعاملات المؤسسة على أنظمة الكمبيوتر[1]. ووفقا لهذا القانون يعرف الوكيل الإلكتروني بأنه: برنامج كمبيوتر أو أية وسيلة آلية أخرى تستخدم بواسطة شخص لاستهلال إجراء ما أو للاستجابة كليا أو جزئيا لرسائل قانونية لصالح شخص دون مراجعة أو تصرف من هذا الشخص في كل مرة يستهل فيها البرنامج إجراء ما أو ينشئ استجابة ما[2].

من جانبه عرف قانون التجارة الإلكترونية الكندي الموحد في البند 19 من الجزء الثاني منه المعنون ب:"تبادل المستندات الإلكترونية" الوكيل الإلكتروني بأنه: برنامج كمبيوتر أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستخدم لاستهلال إجراء ما أو للاستجابة كليا أو جزئيا للرد على مستند إلكتروني دون مراجعة من شخص طبيعي في كل مرة يستهل فيها النظام إجراء ما أو ينشئ استجابة ما[3].

تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية الصادرة في 23 نوفمبر 2005 عبرت في الفقرة (ز) من المادة الرابعة منها عن الوكيل الإلكتروني بمصطلح "نظام رسائل آلي" وقد عرفت هذه الفقرة نظام الرسائل الآلي بأنه: برنامج حاسوبي أو وسيلة إلكترونية أو وسيلة آلية أخرى تستخدم لاستهلال إجراء ما أو للاستجابة كليا أو جزئيا لرسائل بيانات أو لعمليات تنفيذها دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يستهل فيها النظام إجراء ما أو ينشئ استجابة ما[4]. هذا التعريف ينطبق تماما مع التعريف الوارد في قانون المعاملات الإلكترونية الأمريكي الموحد ومع تعريف البند 19من القانون الكندي الموحد للتجارة الإلكترونية سابقي الذكر.

المتتبع للتعاريف الواردة في التشريعات الأمريكية يلاحظ حرصها على إضفاء صفة الاستقلالية على الوكيل الذكي، إلا أن الاستقلالية المقصودة هنا ليست استقلالية مطلقة في مواجهة المستخدم وإنما استقلالية خاصة بالإجراء أو الاستجابة المبرمجة مسبقا.

ما يلاحظ ، أيضا، على هذه التعريفات أن القوانين الأمريكية والقانون الكندي والاتفاقية الدولية يركزون في تعريف الوكيل الذكي على بيان طبيعة الوكيل بأنه برنامج أو آية وسيلة أخرى، كما يركزون على إيضاح أن تصرفات الوكيل الذكي تتم بعيدا عن مراجعة أي شخص طبيعي، كما أن التعريفات السابقة تقترب من بعضها في المفهوم العام وإن ظلت بينها فوارق طفيفة، ومن أمثلتها أنه عند تعريف الوكيل الذكي بأنه "برنامج أو أية آلة .....تستخدم لاستهلال إجراء ما أو للاستجابة كليا أو جزئيا إلى ..." فقد استخدمت القوانين الأمريكية عبارة "سجلات إلكترونية في وصف الشيء الذي يرد عليه استجابة الوكيل الإلكتروني فتكون العبارة للاستجابة كليا أو جزئيا إلى سجلات إلكترونية، أما القانون الكندي فقد استخدم مصطلح "مستندات إلكترونية" في حين أن الاتفاقية الدولية قد استخدمت مصطلح "رسائل بيانات".

---

[1]- UCITA Section 102 (B)

[2]- «Computer Program or any electronic means to initiate an action or to respond to electronic documents or actions in whole or in part without review by an natural persona the time of response or action».

[3]-Canada's Uniform Electronic Commerce Act, available at: http:/www.law.ualberta.ca/alric/current/euecafa.htm

[4]- الجدير بالذكر أن المادة الرابعة فقرة (ز) من مشروع هذه الاتفاقية قد عبرت عن الفكرة بمصطلح آخر هو نظام المعلومات المؤتمت، وقد عرفت هذه الفقرة المقصود بهذا المصطلح بأنه: "برنامج كمبيوتر أو آية وسيلة إلكترونية أو مؤتمتة أخرى تستخدم للمبادرة بعمل أو للرد على رسالة معلومات أو للتنفيذ بصفة كلية أو جزئية دون مراجعة أو تدخل من أي شخص في الوقت الذي يتم فيه عمل المبادرة أو الرد من جانب النظام.

Draft Convention on the use of electronic communications in international contracts, United Nation Commission on International Trade Law, Working Group, Electronic Commerce, Forty-Fourth Session, Vienna, 11-22 October 2004, in « http://daccess-dds-ny.org/UN doc.Vo4.

هذا بالإضافة إلى أن قانون المعاملات الإلكترونية الأمريكي الموحد لم يستخدم في نهاية التعريف عبارة "في كل مرة يستهل فيها النظام إجراء ما أو ينشئ استجابة ما" بينما تم إضافة هذه العبارة في القانون الأمريكي الخاص بالمعاملات المتعلقة بمعلومات الكمبيوتر **UCITA** وأضافها كذلك القانون الكندي واتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية[1].

بالنسبة للاتحاد الأوروبي فلا يتوفر على ما من شأنه أن يوضح ويعرف الوكلاء الإلكترونيين، لأن المبادرات التنظيمية في الواقع محدودة جدا وبعضها يقر بشكل عام بصحة العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية، ومنها التشريع الفرنسي رقم 230 لسنة 2000 بشأن تطويع الوسائل الإلكترونية.

أما بالرجوع إلى التشريعات العربية التي نظمت التعاملات الإلكترونية نلاحظ أن غالبيتها قد أغفلت النص على تعريف الوكيل الذكي، كقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 وقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004، وكذلك قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي رقم 35/5 لسنة 2007 وقانون التجارة الإلكترونية الجزائري رقم18-05 لسنة 2018.

على الجانب الأخر، نجد أن هناك بعض التشريعات العربية عرفت الوكيل الذكي، منها ما نصت عليه المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 18 لسنة 2008 تحت مسمى الوسيط الإلكتروني بأنه: "برنامج حاسوب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخصي".

هكذا يكون المشرع الأردني قد اعترف بإمكانية إعداد برنامج كمبيوتر لديه القدرة على تنفيذ أي إجراء أو الاستجابة له بشكل مستقل ودون تدخل المستخدم، غير أنه يسجل على التعريف الذي أعطاه المشرع الأردني ملاحظات حيث استخدم مصطلح "الوسيط الإلكتروني" عوضا عن "الوكيل الذكي" أو "الوكيل الإلكتروني" وهي التسمية الأكثر شيوعا، كما أن التعريف جاء مشوبا بالنقص حيث لم يبين الخصائص التي أصبح الوكيل الذكي يتمتع بها في الوقت الحالي وبالتالي فهذا التعريف ينطبق على الجيل الأول للوكيل الذكي دون الجيل الثاني، وهو ما يجعل هذا التعريف لا يساير التطور الحاصل في تكنولوجيا الوكيل الذكي كونه تضمن فقط خاصية الاستقلالية وأهمل بقية الخصائص الأخرى من قدرة على المبادرة والتواصل والتفاعل ضمن بيئته والتي تعد جد مهمة لأداء عمله. أما قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية للإمارات العربية الموحدة رقم 2 لسنة 2002، فقد عرف الوكيل الذكي أيضا تحت مسمى الوسيط الإلكتروني المؤتمت في المادة رقم 2 بأنه: "برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل كليا أو جزئيا، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له".

هذا التعريف نجده قريب من التعريف الأمريكي، كما أنه أفضل من تعريف المشرع الأردني وذلك لأنه أورد مصطلح الاستقلالية صراحة بشكليها بمعنى الاستقلالية الكلية أو الاستقلالية الجزئية، بالإضافة إلى أنه حدد الوقت الذي تجب فيه هذه الاستقلالية وهو الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الرد.

عرف القانون رقم 28 لسنة 2002 لمملكة البحرين الوكيل الذكي تحت مسمى الوكيل الإلكتروني بأنه: "برنامج حاسوب أو وسيلة إلكترونية أو وسيلة أخرى تستخدم لإجراء تصرف ما أو للاستجابة لسجلات أو تصرف إلكتروني - كليا أو جزئيا - بدون مراجعة أو تدخل من أي فرد في وقت التصرف أو الاستجابة له". من ثم واضح من خلال التعاريف السابقة المعتمدة من قبل كل من دولة الأردن والإمارات العربية ومملكة البحرين أنهم فضلوا استخدام مصطلح الوسيط الإلكتروني بدلا من الوكيل الذكي، غير أن هذا الاختلاف في التسمية لم يمنعهم من الحفاظ على مضمون التعريف الوارد في التشريعات الأخرى، إلا أن هذه التعاريف المقدمة جاءت مقتضبة لم تعالج خصوصية عناصر تعريف الوكيل الذكي من حيث طبيعة علاقته بغيره.

[1]- شريف محمد غنام، دور الوكيل الالكتروني في مجال التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2012، ص 26.

عند الجمع بين التعاريف السابقة للوكيل الذكي يمكن تعرفه بأنه: "برنامج حاسوبي أو إلكتروني أو أي وسيلة مؤتمتة أخرى تستخدم لاستهلال إجراء ما أو للاستجابة كليا أو جزئيا لرسائل بيانات أو مهام أو أعمال نيابة عن مستخدمه وبدون سيطرته أو مراجعته أو تدخله المباشر في كل مرة يستهل فيها النظام إجراء أو ينشئ استجابة ما ويظهر في قيامه بذلك درجة كبيرة من المرونة والتعلم والتأقلم والاتصال والتفاعل مع مستخدمه وبيئته وغيره من الوكلاء "[1].

لأجل التوصل إلى تعريف الوكيل الذكي تعريفا أكثر وضوحا ودقة بعد ما سبق ذكره نعرض فيما يلي خصائصه.

ب- خصائص الوكيل الذكي

إذا نظرنا للصفات التي تميز الوكيل الذكي نلاحظ بأن هناك حد أدنى من الخصائص يتفق عليها الفقه أطلق عليها البعض الخصائص التقليدية للوكيل الذكي، وأضاف البعض من جانبه خصائص أخرى أطلق عليها الخصائص الحديثة والتي رأينا عند عرضها أنها تنقسم إلى نوعين: خصائص فنية تظهر مدى تقدم برنامج الوكيل الذكي من الناحية التقنية عن غيره من البرامج (ب/1) وخصائص تمكنه من أداء عمله القانوني من مفاوضات وإبرام العقود (ب/2).

ب/1- الخصائص الفنية للوكيل الذكي

يدرج ضمن الخصائص الفنية للوكيل الذكي الصفات الآتية: صفة القدرة على التعلم، وصفة القدرة على التعامل مع الآخرين، وصفة القدرة على رد الفعل.

- القدرة على التعلم: إذا كان التعلم عند البشر يتم عن طريق الملاحظة والاستفادة من أخطاء الماضي فإن برامج الذكاء الاصطناعي تعتمد في التعلم على استراتيجيات تعلم الآلة، لأنه قد تتراكم معارف الوكيل القائمة على الخبرة السابقة فيقوم بتعديل سلوكه في وقت لاحق، فالتعلم هو وسيلة للتخزين والتكيف لإكساب الوكيل الذكي الخبرة والتعلم من التجارب لتجنب وقوعها في التعاملات اللاحقة وبالتالي يسجل الوكيل تجاربه ويغير سلوكه وفقا لها[2].

- القدرة على التعامل مع الآخرين (القدرة الاجتماعية) **(Habilité sociale) Social Ability**

يقصد بهذه الخاصية قدرة الوكيل الذكي على الاتصال والتفاعل مع الآخرين الذين يتواجدون على شبكة الانترنت، سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين يبحثون بأنفسهم عن السلع أو الخدمات مستخدمين محرّكات البحث المختلفة، أو كانوا وكلاء إلكترونيين آخرين يعملون لحساب المشترين أو البائعين[3].

يقصد بالاتصال والتفاعل هنا في مجال الوكيل الذكي، القدرة على تبادل البيانات بين الوكيل الإلكتروني وغيره من الأشخاص الطبيعيين وبرامج الوكلاء الآخرين فيما يتعلق بالسلعة أو الخدمة الموكل فيها، ويحتفظ الوكيل الذكي بكل المعلومات التي يتحصل عليها ويضيفها إلى معلوماته لتشكل هذه المعلومات قاعدة بيانات البرنامج لاستخدمها بعد ذلك.

يتم الاتصال بين الوكيل الذكي وغيره من الوكلاء الإلكترونيين من خلال لغة اتصال مشتركة تحقق له الاتصال بغيره من الوكلاء في صورة تفاعلات بين البرامج، أما وسيلة الاتصال بين الوكيل الذكي والشخص العادي فتتم عن طريق تزويد الشخص المستخدم، بواسطة شاشة الكمبيوتر، بالمعلومات المتعلقة برغباته وتفضيلاته من السلع والخدمات وغيرها المعروضة في سوق الفضاء الإلكتروني[4].

---

[1]- أحمد قاسم فرح، استخدام الوكيل الذكي في التجارة الإلكترونية، دراسة قانونية مقارنة في إطار ماهيته ونفاذ تصرفاته، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة -الجزائر، العدد 16، 2017، ص 23.

[2]- أحمد كمال أحمد، المرجع السابق، ص 54.

[3]- شريف محمد غنام، نفس المرجع، ص 52.

[4]- شريف محمد غنام، نفس المرجع، ص 53.

صفة التواصل الاجتماعي تجعل الوكيل الذكي يشبه الوكيل البشري من هذه الناحية، لأنها تمنحه قدرة عالية للقيام بعمله نيابة عن مستخدمه بطريقة منظمة وسريعة ودقيقة من شأنها أن تزيد في فرص كسبه ثقة المتعاملين معه.

- القدرة على رد الفعل **Reactivity (Réactivité)**

تعني هذه الخاصية أن برنامج الوكيل الذكي قادر على إدراك وتمييز البيئة الإلكترونية التي يعمل فيها ويستجيب لأية تغيرات وتطورات تطرأ على هذه البيئة من حيث تغير المعلومات سواء في شكل ظهور منتجات جديدة، أو انخفاض في الأسعار، أو ظهور محلات افتراضية جديدة. ويمكن للبرنامج الاستفادة من هذه المعلومات الجديدة بتعديل عروض الشراء والبيع التي يقدمها من حيث الثمن والضمانات وخدمة ما بعد البيع، بحيث تأخذ في اعتبارها التطورات الجديدة في سوق الانترنت.

ب/2- الخصائص التي تمكنه من أداء دوره التعاقدي

يتمتع الوكيل الذكي بمجموعة من الخصائص الأساسية التي جعلت دوره في تمثيل مستخدمه يقترب إلى حد كبير من دور الوكيل البشري من حيث استقلاليته في اتخاذ القرار، وقدرته على اتخاذ المبادرة، وقدرته على تعديل السلوك والتنقل، والدقة والعقلانية.

- الاستقلالية **Autonomy (Autonomie)**

تعد الاستقلالية الخاصية الرئيسية المميزة للوكيل الذكي عن غيره من البرامج بصفة عامة، وهي تعني القدرة على العمل دون تدخل مباشر من البشر أو غيرهم، مع السيطرة على العمل والحالة الداخلية، ولذلك تختلف درجة استقلال الوكيل الذكي وفقا لقدرته على العمل دون تدخل بشري بمجرد تعيينه، ويدخل في نطاق الاستقلال أن يأخذ الوكيل زمام المبادرة ويتصرف بشكل مستقل، على سبيل المثال يمتلك وكيل شركة **magic com** كثيرا من هذه المهارات، حيث يقوم بإنجاز العديد من المهام المختلفة، ويقوم بالبحث على شبكة الانترنت ويجمع المعلومات التي يحتاجها مستخدميه، بل يملك القدرة على فهرسة الملايين من صفحات الويب. من الناحية العملية يرى **PARASCHIV** أن ذلك يعني ضمنيا أنه مساعد شخصي، أي أن الوكيل الذكي لديه معرفة جيدة للعادات والرغبات الخاصة بالمستخدم، على سبيل المثال يمكن للوكيل الذكي أن يأخذ زمام المبادرة بحجز مكان لرحلة سياحية لموكله وقبل أن يختار تاريخ الحجز، يراجع جدول أعمال موكله للتأكد من أنه ليس لديه التزام آخر يتعارض مع هذا التاريخ[1].

عندما يتمتع الوكيل الذكي بدرجة عالية من الاستقلال فهو "استباقي" ويظهر بعض المرونة وهذه الخاصية تعكس قدرة الوكيل الذكي على أخذ المبادرة في تقديم اقتراحات للمستخدم من جهة بالإضافة إلى أنه يسعى للرد على الطلبات التي تقدم له من جهة أخرى، وهذه المرونة التي يتمتع بها الوكيل الذكي بشكل متعمد، تجعل من اختيار وسائل التنفيذ ليس فقط لتحقيق الأهداف، ولكن لتحديد الإجراءات التي يجب اتخاذها عند الاقتضاء من اجل التنفيذ[2].

- القدرة على المبادرة **Proactiveness (Proactive)**

لا يعتمد الوكيل الذكي في عمله وأدائه للمهام المكلف بها على إشراف وتوجيهات المستخدم فقط وإنما أيضا اتخاذ زمام المبادرة في تحقيق هدفه كلما كانت ظروف البيئة التي يعمل فيها مناسبة، فيستطيع على سبيل المثال، وكما ذكرنا سابقا، ومن خلال معرفته بأوقات فراغ وإجازات مستخدمه وهواياته وسفرياته السابقة والمدخلة في برمجته اقتراح أماكن ومواعيد سفر يمكن للمستخدم قضاء إجازته فيها، وإذا وافق المستخدم على اقتراح الوكيل الذكي يتم مباشرة حجز الفندق وشراء تذاكر الطيران باستخدام البطاقة الائتمانية لهذا المستخدم ويتم لاحقا تزويد المستخدم بكامل بيانات ومعلومات هذه الرحلة.

[1]-Corina PARASCHIV, Agents intelligents. Un nouveau commerce électronique, Paris, Hermès Lavoisier 2004, P 17.
[2]-Corina PARASCHIV, Op cit, P 22.

مبادرة الوكيل بالقيام بعمل أو إجراء تصرف تنبع من استشعاره بإمكانية أن يكون مستخدمه مهتما بالفعل بموضوع هذه المبادرة التي تعتمد في أساسها على مدخلات الوكيل وتفاعله مع مستخدمه ومع بيئته المحيطة.

- القدرة على تعديل السلوك **(Comportement adaptatif) Adaptive Behavior**

تعني هذه الخاصية أن البرنامج له القدرة على تعديل عروضه في كل مرة يغير فيها العميل رغباته أو تفضيلاته فهو في كل مرة يقدم للمشتري - في حالة الوكيل الذكي عن الشراء - عرضا بحسب ما توصل إليه من معلومات في ضوء مفضلات العميل، ويقدم للبائع - في حالة الوكيل الذكي عن البيع - أفضل عروض البيع التي تتماشى مع متغيرات السوق وتغير ذوق المستهلك، ومن ثمة يمكنه أن يؤثر على قرار البائع وتعديل شروط البيع بناء على المعلومات الحديثة التي توصل إليها[1].

- القابلية للحركة والتنقل

من الانتقادات التي وجهت لاستخدام الوكيل الذكي سابقا قبل التطور الذي لحقه هو ثباته على الحاسوب الآلي المنصب عليه وعدم إمكانية نقله لا من حاسوب لأخر ولا في البيئة الإلكترونية ذاتها، سيما وأن سرعة وسهولة إمضاء الصفقات عبر الانترنت يجعل ابرمها متاحا باستخدام أي حاسوب متصل بالشبكة ولا يرتهن بحاسوب بعينه. كما أنه ليس من السهل على المستخدم تنصيب برمجية الوكيل الذكي على كل حاسوب قد يلجأ لاستخدامه، فهو معرض لأن يحتاج استخدام الوكيل الذكي أثناء سفره إلى عدة وجهات لشراء مثلا تذكرة طيران أو لشراء سلعة أو خدمة. غير أن تطور تقنية الوكيل الذكي أزال هذا العائق المادي وأوجد بعض أنواع الوكلاء الأذكياء الذين يتمتعون بحرية الحركة والتنقل في البيئة الإلكترونية دون أية مشاكل فنية[2] وهو ما ساهم بشكل فعال وكبير في زيادة انتشار استخدامه في عمليات التجارة الإلكترونية وفي تأقلمه مع بيئته مما وفر للمستخدمين الوقت والجهد وساعدهم في تقليل النفقات.

الوكيل الذكي المتحرك قادر على التحرك من موقع إلكتروني لموقع أو مواقع إلكترونية أخرى في نفس الفترة الزمنية التي يقوم فيها بأداء المهمة المكلف بها، بحيث يمكن له بعد التنقل لأداء مهمته أن يعود إلى مكانه الذي انطلق منه[3] الأمر الذي أدى إلى زيادة في الإقبال على استخدامه في عمليات التجارة الإلكترونية.

غير أن هناك من رأى أن خاصية التنقل تعتبر أيضا من الخصائص الأساسية التي يقوم عليها مبدأ عمل الوكيل، إلا أن الفرق هنا بالنسبة للوكيل الذكي القابل للحركة هو أنه من الناحية التقنية عند انتقاله يجري اتصاله بالمتعاملين وغيره من الوكلاء بشكل مركزي دون الحاجة بأن يمر عبر الشبكة، مما يمنحه فاعلية كبيرة مقارنة بالوكيل الثابت في القيام بمهمته وانجازها بسرعة فائقة ودقة عالية من أي مكان يكون به المستخدم ودون الحاجة لنقل تنصيب الوكيل من حاسوب إلى لأخر[4].

حاليا توجد مجموعة كبيرة من الوكلاء تستفيد من القدرة على التحرك في الفضاء الإلكتروني[5] مثل: **Concordia AMASE Agent Space Dejah Java Net Agent** ومع ذلك، يلاحظ أن هناك عدد قليل جدا من الوكلاء الأذكياء تجمع بالإضافة إلى كونها وكلاء معرفة بين الاستقلالية والقدرة على التفاعل والتنقل نظرا لأن واحدة أو أخرى من هذه الخصائص ليست دائما ذات صلة بنطاق الوكلاء الأذكياء.

---

[1]- شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 53.

[2]- من أمثلة هذا النوع من الوكلاء -الوكيل الذكي **Aglets Agents** من تصميم شركة المعلوماتية العملاقة **IBM** ولهذا الوكيل القدرة على الحركة والتنقل من موقع إلى أخر عبر الانترنت والعودة إلى الموقع الإلكتروني الأصلي مرة أخرى.

[3]- فراس الكساسبة ونبيلة كردي، الوكيل الذكي من منظور قانوني: تطور تقني محض أم انقلاب على القواعد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 55 يوليو 2013، ص 144-145.

[4]- فراس الكساسبة ونبيلة كردي، نفس المرجع، ص 145.

[5]- Fritz HOLL, The Mobile agent list, 2006, P76

أشار اليه أحمد كمال أحمد، المرجع السابق، ص 72.

- الدقة والعقلانية

يعتمد قياس مدى عقلانية الوكيل الذكي على مدى دقة برمجته و مدخلاته وخبراته وتجاربه السابقة وما أضاف لمدخلاته من مدخلات جديدة عالجها واستفاد منها وما تمكن من إدراكه من عناصر بيئته المحيطة إلى درجة يمكن القول معها بأنه أصبح قادرا على المبادرة ورد الفعل والقيام بالتواصل الاجتماعي وإعطاء مخرجات دقيقة ومتغيرة وإجراء التصرفات القانونية نيابة عن مستخدمه بدون خطأ، وهو بذلك يتميز عن الوكيل الذي تتوافر فيه الصفات الأساسية ولكنه لا يتمتع بالعقلانية التي يتمتع بها الوكيل الذكي العقلاني والتي تفرض عليه من ضمن ما تفرضه سرعة المبادرة ورد الفعل مقارنة بغيره من الوكلاء والعثور على السلعة أو الخدمة أو المستهلك المطلوب والمعلومات والبيانات الخاصة بكل منهم بشكل أسرع من هؤلاء الوكلاء، وبالنتيجة ينفذ مهمته بدقة متناهية وبحرفية عالية ودون أخطاء وبوجود عقد محدد يوضح الحقوق والالتزامات[1].

من خلال ما سبق ذكره يتم تعريف الوكيل الذكي من خلال خصائص أغلب أنواع الوكلاء الأذكياء بحيث يعتبر وكيلا ذكيا: كل نظام حاسوب قادر على تنفيذ أعمال ومهمات معينة وعلى المبادرة بتنفيذها وعلى تحويل الأهداف التي صمم من أجلها إلى مهام نيابة عن مستخدمه وبدون سيطرته أو تدخله المباشر، ويظهر في قيامه بذلك درجة كبيرة من المرونة والتعلم والتأقلم مع بيئته المتغيرة والمتطورة باستخدام قدرته على الاتصال والتفاعل مع غيره من الوكلاء ومع شخص مستخدمه "[2].

ثانيا: المركز القانوني للوكيل الذكي في التعاقد

إن التطور الذي لحق الوكيل الذكي من القدرة على المبادرة والتعلم والاستقلالية، منحه الفرصة في أن تحل إرادته محل إرادة مستخدمه من البشر في التعاقد على شبكة الانترنت، ومن هنا يثور التساؤل عما إذا كان الوكيل الذكي مجرد أداة لتنفيذ إرادة من يستخدمه أم أنه يتمتع بقدر من الاستقلال بوصفه وكيلا قانونيا عن مستخدمه؟

يوجد اتجاهان يتفقان مع معظم النظريات التي تتعلق بالنظام القانوني للوكيل الذكي عندما يشارك في التعاقد الإلكتروني: الاتجاه الأول يشير إلى نية الشخص الذي يقوم باستخدام الوكيل الذكي الذي قد يكون تاجر أو مستهلك على الانترنت والعنصر المهم في هذا الاتجاه يكمن في حقيقة أن الوكيل الذكي ليس له وجود قانوني بغض النظر عن المهارات العالية التي يتمتع بها من حيث التشغيل المستقل. أما الاتجاه الثاني فإنه يعترف بالنية أو الإرادة المعبر عنها في سياق عرض أو قبول الوكيل الذكي وهذا يعني اعترافه بالوجود القانوني للوكيل الذكي. الواقع أنه يجب أن يتم تحديد المركز القانوني للوكيل الذكي في إبرام العقود في ضوء النصوص التي عالجت هذه المسألة كما هو الحال في نصوص اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية الصادرة سنة 2005 وقانون التجارة الأمريكي الموحد للمعاملات الإلكترونية، وكذلك آراء الفقه وبعض أحكام القضاء المتاحة.

يمكن القول بعد الرجوع إلى المصادر السابقة أن هناك إجماع في الرأي بأن مصير التصرفات التي يقوم بها الوكيل الإلكتروني تنسب إلى مستخدم هذا الوكيل، فهو الذي يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات الناتجة عن تصرفات هذا البرنامج. يبقى أن نتساءل عن أساس هذا الإسناد والنتائج المترتبة عليه وهو ما سنتعرض له فيما يلي:

تتيح النظرية التقليدية الفرصة لعرض ثلاثة اقتراحات رئيسية لتحديد الأساس القانوني لإسناد التصرفات التي يقوم بها الوكيل الإلكتروني إلى مستخدم البرنامج، الأول يعتبر الوكيل الذكي مجرد أداة اتصال، الثاني ينظر إلى الوكيل الذكي على أنه مجرد آلة في يد الإنسان، أما الاقتراح الثالث فحاول وضع الوكيل الذكي في قالب بعض التنظيمات القانونية التقليدية وفقا لقواعد الوكالة.

[1]- أحمد قاسم فرح، المرجع السابق، ص 30-31.
[2]- أحمد قاسم فرح، المرجع السابق، ص 18.

1- الوكيل الذكي كأداة اتصال

ينظر هذا الاقتراح إلى الوكيل الذكي على أنه مجرد أداة للاتصال ووفقا لهذا الوصف فإن الدور الذي يقوم به الوكيل الذكي في إبرام العقد واستقلاله تم تجاهله، حيث ينسب ببساطة العقد المبرم من قبل الوكيل الذكي إلى مستخدمه، ويعامل الوكيل الذكي بوصفه آلة فاكس أو هاتف أو أي وسيلة يتم من خلالها إبرام العقد، حيث اعتمد هذا الرأي على الخيال القانوني في أن أي شيء يصدر عن الآلة هو في الواقع بشكل مباشر من سيطرة الإنسان[1].

لا يهم عند أصحاب هذا الرأي أن يعلم المستخدم أو لا يعلم ببنود العقد التي توصل إليها الوكيل الذكي مع الغير، ولا يهم أيضا إذا كان الوكيل الذكي وفر للمستخدم إمكانية مراجعة بنود العقد قبل التعاقد مع الطرف الأخر أم لا، وبالتالي يسأل المستخدم عن كل تصرفات الوكيل الذكي وكأنها واقعة منه شخصيا.

مما لا شك فيه أن هذا الاتجاه يساهم في حل العديد من الصعوبات منها: عدم الحاجة إلى تغيير القواعد الحالية للتعاقد، حيث أن العقود لا تزال تبرم بين شخصين يعترف بهما القانون، إضافة إلى أن هذا الحل يضع عبئا على مستخدم الوكيل الذكي يتمثل وفقا لبعض الفقه في التوزيع العادل للمسؤولية، حيث يعطي للمستخدم حرية الاختيار في أن يفوض سلطته إلى الوكيل الذكي وبالتالي إذا كان المتعاقد الأخر لا يعرف أنه يتعاقد مع وكيل ذكي يصبح المستخدم مسئول مع وكيله عن تصرفاته، وهو ما يعد منصفا وعادلا عند أصحاب هذا الرأي.

الواقع أن هذا الاتجاه يتطابق مع موقف القضاء الأمريكي[2] حيث أصدرت محكمة الاستئناف للدائرة العاشرة عام 1972 حكما يعتبر شركة التأمين مسئولة عن الخطأ الذي ادعت أنه صدر عن نظام الكمبيوتر الخاص بالشركة عندما امتنعت الشركة عن دفع مبلغ التأمين، حيث رأت المحكمة أن إدارة الشركة مسئولة عن تصرفات الكمبيوتر الخاص بها، حيث أن جهاز الكمبيوتر يعمل فقط وفقا للتوجيهات والمعلومات المقدمة له من المبرمجين البشر، إذ الكمبيوتر لا يفكر مثل الإنسان فهو خطأ الإنسان، وهذا الحكم كذلك يتطابق مع قانون الانيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر في ديسمبر 1996 ذلك أن المادة 2 (ج) من هذا القانون جاء فيها: "يراد بمصطلح منشئ رسالة البيانات الشخص الذي يعتبر إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها - إن حدث - قد تم على يديه أو نيابة عنه، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة"[3]. والأمر هو ذاته فيما يتعلق بالمادة 13التي تحدد الشخص الذي تنسب إليه رسائل البيانات، إذ تنص على أنه:"في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت:

(أ) - من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشأ فيما يتعلق برسالة البيانات، أو (ب) - من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا"[4].

في ضوء هذا النص عندما يشارك الوكيل الذكي في علاقة تعاقدية ويصدر إيجابا أو قبولا، فإنه ينقل فقط إرادة الشخص الطبيعي بمعنى الفرد أو إرادة الشخص الطبيعي الذي يتولى العمل نيابة عن الشخص الاعتباري، أي أن الإرادة الوحيدة المعتبرة هنا هي إرادة المستخدم وهي التي يعتد بها لإبرام العقد حتى ولو كانت قد تمت من خلال برنامج الوكيل الذكي.

---

[1]- Wooldridge et Jennigs, Op cit, P76-77.

أشار إليه أحمد كمال أحمد، المرجع السابق، ص 221.

[2]- State Farm Mut, Auto, Ins, Co.U, Bockhost 453 F.ed 533/ 10th Cir, 1972.

[3]-"originator" ofdata message means a person by whom, or whose behalf, the data message purports to have been sent or generated prior to storage, if any, but it does not include a person acting as an intermediary with respect to that data message."

[4] - As between the originator and the addressee, a data message is deemed to be that of the originator if it was sent: (a) by a person who had authority to act on behalf of the originator in respect of that data message, or (b) by an information system programmed by, or on behalf of, the originator to operate automatically.

إذا كانت هذه النصوص غير صريحة في اعتبار البرنامج الذي يستخدمه الشخص مجرد أداة اتصال، بل تعتبر فقط أن ما يصدر عن هذا البرنامج يسند إلى مستخدمه، فإن التعليق على هذا القانون قد أوضح هذه الفكرة جيدا عندما أورد ما يلي: "في معظم النظم القانونية يستخدم مفهوم "الشخص" للإشارة إلى أصحاب الحقوق والالتزامات، وينبغي تفسيره على أنه يشمل كل من الأشخاص الطبيعيين والهيئات الاعتبارية أو الكيانات القانونية الأخرى. أما رسائل البيانات التي تنشئها الحواسيب تلقائيا دون تدخل بشري مباشر فيقصد أن تكون مشمولة بالفقرة الفرعية (ج) ولكن لا ينبغي إساءة تفسير القانون النموذجي على أنه يتيح المجال لجعل الحاسوب صاحب حقوق والتزامات، وينبغي اعتبار رسائل البيانات التي تنشئها الحواسيب تلقائيا دون تدخل بشري مباشر ناشئة عن الكيان القانوني الذي شغل الحاسوب نيابة عنه. وأما المسائل ذات الصلة بالوكالة التي قد تنشأ في ذلك السياق فيتعين تسويتها بموجب قواعد تخرج عن نطاق القانون النموذجي[1].

2- الوكيل الذكي بوصفه آلة بسيطة

بصفة عامة هذا الاتجاه يرى أن الوكيل الذكي لا يعتبر كيان مستقل مهما كانت درجة استقلاله، وفي هذا الصدد سوف ينظر في هذه المسألة وفقا للاحتمالين التاليين: أن مفهوم "الشخص الرقمي" يمثل امتداد للشخص الطبيعي أو الاعتباري أو كأداة للموافقة.

1/2- الوكيل الذكي امتداد رقمي لشخص طبيعي أو اعتباري

وضعت ازدواجية معينة تتعلق بمفهوم الشخص، أحيانا تستحضر فكرة الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يعرف بأنشطته في العالم الحقيقي، ومع التوسع في مجال التجارة الإلكترونية، في بعض الأحيان يعد الشخص الرقمي امتداد للشخص الطبيعي أو الاعتباري في العالم الافتراضي، لهذا تعتبر النسخة الرقمية من الشخص "مجموعة من المعلومات الشخصية التي تنشر على الشبكة، مما يجعل الفرد موجود تحت شكل غير مادي[2] ويعد الوكيل الذكي تطبيقا مثاليا في إطار هذا التعريف. وفي هذا السياق يفترض أن تاجر الانترنت يعطي تعليمات إلى وكيله الذكي للبحث على الفرص التجارية المطروحة على شبكة الانترنت، وهذا تظهر الهوية الرقمية الخاصة به عندما يقوم بنقل بعض رغباته لهذا الجهاز الإلكتروني، وهكذا ستتخذ الشخصية الرقمية للتاجر في الواقع الافتراضي مجالا لتحديد هويته الحقيقية من خلال وكيل ذكي، وبالتالي يكون قد تم إنشاء الشخص الرقمي للمشاركة في الأنشطة التجارية كما لو كانت من التاجر في الواقع ذاته. وبطبيعة الحال يفترض مفهوم الشخص الرقمي أن التاجر هو المسئول عن تصرفات النظير الرقمي لشخصيته الخاصة، وفي هذا السياق يؤكد **Daniele Bourcier**: إن الآلة لا تعمل بشكل مستقل ولكن تعبر عن الفرد[3].

2/2 ـ الوكيل الذكي أداة للموافقة

يعتبر هذا الاتجاه الوكيل الذكي مجرد آلة بسيطة أي يمكن النظر إلى هذا النظام الإلكتروني كأداة للموافقة وليس امتداد رقمي للشخص الطبيعي أو الاعتباري، وهذا يعني أنها تمثل أداة من أدوات التقنية تكون تحت تصرف الأطراف في العقد التي تتيح لهم التعبير عن الإيجاب أو القبول.

يتجاهل هذا المفهوم -كما في الحالة السابقة- إمكانية الاعتماد على الوكيل الذكي بوصفه أداة مستقلة، وهذا يرتب مسؤولية المستخدم عن تصرفات وكيله الذكي، كما أن مفهوم الشخص الرقمي يتشابه مع أداة الموافقة وأن كليهما لم ينص عليهم القانون صراحة بل تم استنتاجهما[4].

---

[1]- الانيسترال، دليل تشريع القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية: التطبيقات على المواد، ص 27.

[2]- DUB Visson, La numérotation des personnes physiques, Thèse, Université, Paris XI, 1994, P8.

[3]-Daniele Bourcier, De l'intelligence artificielle à la personne virtuelle: émergence d'une entité juridique (2001) 49 Droit et Société, P 865.

[4]- Daniele Bourcier, Op cit, P 867.

3- مدى إمكانية تطبيق أحكام الوكالة في العالم المادي على الوكيل الذكي في العالم الافتراضي

يتعلق الأمر أساسا بمعرفة ما إذا كان الوكيل الذكي الذي يشارك في إبرام العقد أو تنفيذه يمكن اعتباره وكيلا يتعاقد باسم ولحساب الموكل على النحو المعروف في الأنظمة القانونية التقليدية.

يتجه بعض الفقه إلى القول بأن وظيفة الوكيل الذكي شبيهة بوظيفة الوكيل البشري، الذي يعمل بصفة مستقلة عن الأصيل عند تنفيذ تعليماته، ويصفون برنامج الوكيل الذكي بأنه وكيلا عن التاجر في إدارة متجره[1]، لأنه يعبر عن إرادته بنفسه ويتفاعل مع طلبات المشتري بعيدا عن إرادة مستخدمه. وبالتالي يترتب على ذلك وفقا لرأيهم وجوب تنظيم الأعمال التي تقع من هذا الوكيل بقواعد شبيهة أو مماثلة لتلك التي تنظم الأعمال الصادرة من الوكيل البشري في الأنظمة القانونية التقليدية.

غير أن هناك من تنبهوا لوجود عدة صعوبات تظهر عند التطبيق وجب أن ينظر إليها من حيث كونها تؤثر على إنشاء عقد الوكالة (1/3)، أو عند التمسك بالغلط في التعاقد مع الوكيل الذكي (2/3)، أو في حال تجاوز الوكيل الذكي حدود الوكالة أو تصرف دون تفويض (3/3).

1/3- صلاحية الوكيل الذكي للتعبير عن الإرادة

ازداد استخدام الوكيل الذكي للتعبير التلقائي عن إرادة مستخدمه في بيئة التجارة الإلكترونية لشيوع إبرام عقود هذه التجارة من خلاله، ونتيجة لذلك أولت أغلبية التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية اهتماما كبيرا بالمسائل القانونية التي أثارها هذا التعاقد من بينها مدى صلاحية الوكيل الذكي للتعبير عن إرادة مستخدمه وصحة العقود المبرمة بواسطته.

لا يخرج الوكيل الذكي عن إطار القواعد العامة في هذا المجال لأنها لا تشترط شكلية معينة في طريقة التعبير عن الإرادة بل تجيز التعبير عنها بأية وسيلة لا تدع شكا في دلالتها على التراضي. والأصل هو أن تباشر عملية التعاقد بواسطة ذوي الشأن، حيث يعبر كل متعاقد عن إرادته بنفسه، غير أنه قد يتعذر على المتعاقد أن يتولى عملية التعاقد بنفسه لأسباب مختلفة قد تكون قانونية أو مادية وفي مثل هذه الحالات يسمح المشرع، تجنبا للإضرار بمصالح المعني أو مصالح الغير، بمباشرة التعاقد بواسطة شخص آخر نيابة عنه أي ما يعرف بالتعاقد بالنيابة. هذه الأخيرة، هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى الشخص الأصيل.

تنقسم النيابة بحسب المصدر الذي ينشئها ويبين حدود سلطة النائب إلى نيابة قانونية كالولي، ونيابة قضائية كما في الوصي والقيم، وأخيرا نيابة اتفاقية وهي عقد وكالة بمقتضاها يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه. ومن ثم يعتبر رضاء الوكيل ضروريا للقول بوجود عقد وكالة وهذا يتطلب بالضرورة أن تكون لديه الأهلية اللازمة للتعبير عن هذه الإرادة.

هذا بالإضافة إلى أنه يجب على الوكيل أن يعلن وقت التعاقد مع الغير صفته كوكيل وأنه يبرم العقد باسم ولحساب الأصيل، ويجب كذلك أن تتجه إرادة الطرف الأخر إلى التعاقد مع الوكيل باعتباره نائبا عن الأصيل.

نظرا إلى أن الوكيل الذكي هو كيان مادي لا يمكن افتراض قبوله للوكالة في علاقته بالأصيل، كما أنه لا يمكنه إظهار نيابته عن الأصيل وأنه يتعاقد كنائب في علاقته بالغير، لهذا يرى البعض أن مسألة قبول الوكيل الوكالة صعب تطبيقها على الوكيل الذكي، ومن ثم يجب اللجوء إلى فكرة افتراض الرضاء للقول بتوافر هذا الرضاء لدى برنامج الوكيل الذكي.

[1]- POULLET (Y), La conclusion du contrat par un agent électronique, le temps des certitudes, Bruxelles , Bruylant, 2000, P 38.

لتأكيد فكرة أن الوكيل الذكي يمكنه التعبير عن إرادة قانونية حقيقية، يستند بعض الفقه على فكرة النظرية الموضوعية المنصوص عليها في القانون الأنجلوسكسوني التي مفادها أن العقد يبرم إذا وجد رضاء متبادل من أطرافه ويكون صادر من أشخاص معتبرة قانونا. ويكون الرضاء متبادلا متى صدر من أحد المتعاقدين تصرفا يجعل الطرف الأخر يعتقد أنه يرغب في الدخول في التعاقد، ومن ثم يلتزم الأطراف بما يصدر منهم من أقوال أو أفعال وليس بما يعتقدونه أو تتجه إليه إرادتهم الباطنة. ومن ثم لا يشترط أن تتجه إرادة كل متعاقد إلى التعاقد ما دام ما صدر منه ما يكفي لاعتقاد الطرف الأخر بذلك، وذلك خلافا للنظرية الشخصية في الالتزام[1].

طبقا لهذه النظرية الموضوعية التي تنظر للعقد على أنه تصرف خارجي وليس حالة داخلية، يصح التعبير الصادر عن الوكيل الذكي ما دام ما يصدر منه يدعو الطرف الأخر على الاعتقاد بوجود إيجاب موجه إليه، هذا ما يسمح بالقول بأن المتعاقد مع الوكيل الذكي وفق هذا الرأي قد قبل الالتزام بأحكام العقد لاعتقاده أن الطرف الأول وهو الوكيل الذكي قد قبل هو أيضا الالتزام بأحكام هذا العقد وفقا للبنود المعلنة دون اهتمام بنية هذا الطرف الأول ودون البحث ما إذا كان صدر منه تعبيرا عن الإرادة أم لا.

وفقا لهذا الرأي دائما، نص القانون الأمريكي الموحد لمعاملات الكومبيوتر **UCITA** (المادة 113 /(B)[2]: يظهر الوكيل الإلكتروني رضائه لصالح الشخص الذي يستخدمه بعد أن تكون لهذا الأخير فرصة مراجعة أعمال الوكيل. ونجد في نفس السياق أيضا المادة 2 من القانون التجاري الأمريكي الموحد **UCC** لسنة 2003 الذي يسند التوقيع الإلكتروني وما يرد في السجل الإلكتروني إلى الشخص الذي عبر بنفسه عن نيته للتعاقد أو عبر عن هذه النية باستخدام الوكيل الإلكتروني، وهو نفس اتجاه المادة 14 من القانون الأمريكي الموحد للمعاملات الإلكترونية **UETA** التي أجازت فقرتيها الأولى والثانية تكوين العقد بتحاور وكيلين إلكترونيين من الجانبين حتى وإن لم يتدخل أي شخص في التدابير التي تنفذها هذه النظم أو تكوين العقد بتحاور بين وكيل إلكتروني وشخص طبيعي.

إذا استنادا لهذه النصوص أجاز القانون الأمريكي إمكانية إبرام العقود بواسطة الوكيل الإلكتروني بدون حاجة لنية عنصر بشري، لأن النية المطلوبة لإبرام العقد الإلكتروني موجودة بالفعل من خلال القرار الخاص ببرمجة الوكيل الذكي وإعداده للتعامل من جهة الطرف الذي استخدمه وتسمى النية في هذه الحالة بالنية المبرمجة.

يستند رأي آخر إلى فكرة الوكالة الظاهرة للقول بأن الوكيل الذكي وكيلا عن المستخدم ويقصد بالوكالة الظاهرة أنها ظهور شخص بمظهر الوكيل عن آخر بسبب ظروف أو ملابسات ترجع إلى الموكل، فهي بحسب الأصل ليست وكالة حقيقية تستند إلى تفويض فعلي ولكنها وكالة لحقت بها مظاهر خارجية دفعت الغير إلى الاعتقاد بأنه يتعاقد مع وكيل حقيقي. يشترط لاعمال هذه الوكالة الظاهرة ثلاثة شروط تتمثل في: تصرف الوكيل باسم الموكل ولكن دون نيابة منه، وأن يكون الغير الذي تعامل معه الوكيل حسن النية لا يعلم بانعدام وكالة الوكيل، وأن ينسب إلى الموكل مظهرا خارجيا يساهم في اعتقاد الغير بنيابة الوكيل عنه. وإذا توافرت هذه الشروط التزم الموكل وفقا لنظرية الوكالة الظاهرة بالتصرفات التي قام بها الوكيل، وتقوم علاقة مباشرة بين الموكل والغير كما هو الحال في حالة الوكالة الحقيقية[3].

استنادا إلى فكرة الوكالة الظاهرة، يقول أنصار هذا الرأي أن الشخص الذي يستخدم الوكيل الذكي للتعاقد بدلا منه إما أن يكون قد منحه هذه السلطة بإرادة صريحة منه، أو أن هذه الوكالة مفترضة ما دام الوكيل الذكي يمثل الشخص، وإعمالا لهذا الرأي يسأل الموكل عن نتائج التصرفات التي يقوم بها الوكيل في حالة الوكالة الظاهرة كما هو الحال في الوكالة الحقيقية، حماية لحسن نية الغير ودعما لاستقرار التعامل[4].

---

[1]- شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 87-88-89.

[2]- An electronic agent manifests assent on behalf of the person using it after having an opportunity to rview.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، منشأة المعارف الإسكندرية، 2004، ص 577.

[4]- أحمد كمال أحمد، المرجع السابق، ص 259

وفي إطار هذا المنهج يعتبر الوكيل الذكي في رأي البعض وكيلا على الأقل تجاه الغير فقط على عكس الوضع بشأن علاقة الموكل بالوكيل[1].

هناك من جهة أخرى من يرى أن التعبير الصادر بالإرادة المنفردة الذي يتحقق به السكوت المعتبر قبولا للوكيل الذكي ليس كافيا لمنح صفة الوكيل للوكيل الذكي، لأن عقد الوكالة من خلال النصوص المنظمة لها عقد يتطلب وجود شخصين في مركزين مختلفين يمثل أحدهما الأخر في القيام بتصرفات قانونية محددة مسبقا بدلا منه. والأمر ذاته في التوجيه الأوربي المتعلق بالوكالة التجارية رقم 653/ 1986 الذي يعرف الوكالة بأنها عقد يلتزم بمقتضاه شخص لديه الصلاحية بالتفاوض وشراء وبيع البضائع لحساب شخص آخر وهو الأصيل، ويبرم التصرفات باسم ولحساب هذا الشخص، الأمر الذي لا ينطبق على الوكيل الذكي لأن هذا الأخير ليس بطبيعة الحال شخصا طبيعيا كما أنه ليس شخصا معنويا مادام لم يتدخل بعد المشرع.

أما فيما يتعلق بأهلية الوكيل فنجد أن القانون الأنجلوسكسوني لا يشترط أن يكون لدى الوكيل أهلية كاملة مادام يدرك ما يفعل، وهو ذات الأمر في القانون اللاتيني[2] ومن ثم يصح أن يكون الوكيل ناقص الأهلية بخلاف الموكل، ما دام هذا الوكيل مميزا أي أهلا لأن يصدر منه إرادة مستقلة. وتطبيق هذه المسألة على الوكيل الذكي أمر يصعب تحقيقه، لأن برنامج الوكيل الذكي لا يدرك ما يفعل.

2/3- الغلط في التعاقد مع الوكيل الذكي

الغلط كعيب من عيوب الإرادة يقصد به حالة حدوث وهم يقوم في ذهن المتعاقد يجعله يعتقد الأشياء على غير حقيقتها، وما دام إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل في النيابة القانونية فالعبرة تكون إذا بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل.

أما في النيابة الاتفاقية[3] فالأصل أن يعتد بإرادة الأصيل والوكيل معا بحسب مساهمة كل منهما في إبرام التصرف القانوني، لأنه إذا استقل النائب بإبرام التصرف ولم يكن لإرادة الأصيل أي دور، فالعبرة عند تقدير صحة وسلامة الرضاء تكون بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل فيما يتعلق بعيوب الإرادة ويترتب على ذلك أنه إذا وقع الوكيل في غلط أثناء تعاقده مع الطرف الأخر، فيكون العقد قابل للإبطال في مصلحة الوكيل ولا يعتد في هذه الحالة بإرادة الأصيل لأن العقد لم ينعقد بإرادته، وترفع دعوى بطلان العقد في هذه الحالة من الأصيل لا من النائب باعتبار أن آثار العقد تنصرف إلى الأصيل لا النائب[4].

بالنسبة للغلط في التعاقد مع الوكيل الذكي فمعنى هذا الغلط يختلف عن المعنى السابق المألوف، لأنه غلط من نوع خاص كأن ينقر خطأ شخص فوق الأيقونة التي تعبر عن القبول بدلا من إيقونة عدم القبول فيصل القبول إلى الوكيل الذكي الذي عبر عن الإيجاب، وهنا مبدئيا ينعقد العقد دون أن تتوجه الإرادة الحقيقية لهذا الشخص المخطأ إلى هذه النتيجة لأنه قام بهذا الفعل دون قصد. والمسألة التي تثار في هذا الشأن ما ذا لو كان الوكيل الإلكتروني مبرمجا على أساس عدم تمكين المتعاقد معه من تصحيح أخطائه في التعاقد أو تغيير البيانات التي قام بتعبئتها، فهل يجوز للمتعاقد مع الوكيل الذكي إلغاء هذه المعاملة أم يبقى ملزما بها؟

---

[1]-KERR (I.R), Providing for autonomous electronic devices in the uniform Electronic commerce, Act-at, P 29
أشار إليه شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 29.

[2]- يتفق كل من النظام اللاتيني و الأنجلوسكسوني من أنه وإن كانت الأهلية ليست ركنا من أركان العقد بخلاف التراضي والمحل والسبب، فهي ضرورية لصحة ركن الرضاء.

MAZEUD (J) et CHABS (F), Leçons de droit civil, P 98

[3]- قد تكون الإنابة مصحوبة بوكالة، حيث يتعامل الوكيل باسم ولحساب الموكل، وهذه هي النيابة الاتفاقية. وأما إذا لم تكن الإنابة مصحوبة بوكالة، فإن النائب أي الوكيل يتعامل باسمه الشخصي لحساب المنيب أي الموكل مثل ما هو الأمر في الوكالة بالعمولة. علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر 2008، ص 127-128.

[4]- مصطفى عبد الحميد عدوي، الوجيز في عقد الوكالة في القانونين المصري والأمريكي، 1997، ص 143.

تباينت مواقف التشريعات بخصوص ذلك، فهناك من ألزمت الطرف المتعاقد بالمعاملة بالرغم من كونها ناتجة عن بيانات خاطئة بسبب كونها غير مقصودة مثل المادة 1/15 من التشريع الأردني التي أعطت الحق للمرسل إليه في أن يعتبر الرسالة صادرة عن منشئها إذا اتبع المرسل إليه آليات معينة للتأكد من أن الرسالة صدرت عن المنشئ حتى لو أرسلت بناءا على خطأ ففي وقع من الشخص المتعاقد، ففي هذه الحالة فإن للمرسل إليه الحق في التمسك بالعقد وأن يطالب المتعاقد الآخر بتنفيذه. وهناك تشريعات قررت إلغاء المعاملة مثل التشريع الأمريكي في المادة 80 من قانون المعاملات الإلكترونية والتي توافقها الفقرة الثانية من المادة 2/11 من قانون البحرين التي منحت الحق للشخص سواء كان طبيعيا أو معنويا في إلغاء المعاملة الإلكترونية في حال وقوعه في خطأ دون الوكيل الإلكتروني.

إن القوانين المنظمة للتعاقد الإلكتروني كقانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية وقانون الانيسترال النموذجي (المادة 2/12) لم يتطرقا إلى الغلط الذي يقع من الوكيل الإلكتروني ومدى مسؤولية مستخدمه عن ذلك، وإنما تناولت الصورة الأكثر شيوعا وهي الغلط الذي يحصل عند تعاقد شخص سواء طبيعيا أو معنويا مع الوكيل الإلكتروني، والذي قد يكون غلطا مانعا من انعقاد العقد ويعدم الإرادة تماما، وقد يكون مادي لا يؤثر في الإرادة بل يجب تصحيحه.

ومن خلال المثال السابق المتعلق بالخطأ عند النقر للتعبير عن القبول يكون الغلط ماديا، وجب تصحيحه إذا كان بإمكان الشخص أن يتدارك خطئه ليمنع وصول القبول إلى الطرف الأخر أو يصححه من خلال الوسائل التقنية المتوفرة لديه. وهذا هو الحل الذي تبناه كل من التشريع الأمريكي والبحريني وعالجه مشروع الأنيسترال لاتفاقية التعاقد الإلكتروني في المادة 2/12 التي نصت بضرورة توفير المستلزمات الفنية لمعالجة الأغلاط التي تقع ممن يتعاقد مع جهاز مؤتمت ويجب أن تكون تلك الوسائل ملائمة وفعالة وفي المتناول. وهو نفس الموقف الذي اتخذه التوجيه الأوروبي لسنة 2000 بشأن التجارة الإلكترونية بموجب نص المادة 2/11 حيث ألزم الأشخاص بتوفير وسائل تصحيح الأخطاء المادية للبيانات في حال استعملوا أنظمة كمبيوتر مؤتمتة في عرض السلع والخدمات.

الغلط بهذا المعنى لا يخرج عن كونه صورة من صور الغلط المادي الذي لا يؤثر في صحة العقد ولكن يجب تصحيحه، غير أنه قد يعد غلط معدم للإرادة إذا لم يكن بالإمكان تداركه أو يجعل العقد قابلا للإلغاء بمحض إرادة الشخص الذي وقع في الغلط.

3/3 - حالة تجاوز الوكيل الذكي حدود الوكالة أو تصرف دون تفويض

إذا تجاوز الوكيل حدود وكالته فالأصل وفقا للقواعد العامة لا تنصرف آثار تصرف الوكيل إلى الأصيل بل يتحملها النائب نفسه، ومع ذلك يجوز للغير المتعامل مع الوكيل أن يرجع عليه بالتعويض استنادا إلى الغش أو التدليس، غير أنه قد يخرج الوكيل عن حدود وكالته ومع ذلك يكون التصرف ملزما للأصيل في حالات استثنائية[1].

الواقع أن فكرة تجاوز الوكيل الذكي حدود وكالته أو تصرفه دون تفويض من المستخدم أمر ليس مستبعدا في مثل هذا النوع من التعاقد خاصة في حالة وجود خلل فني أو الإصابة بفيروس مما يؤثر على عمل البرنامج، ففي هذه الحالات كيف يمكن الرجوع على البرنامج إذا اعتبرناه وكيلا؟ هل يجوز للمستخدم مطالبته بالتعويض حسب المعمول به في النظم القانونية؟ وهل له ذمة مالية مستقلة عن مستخدمه يستطيع المستخدم الحصول منها على تعويض مقابل هذا الخروج عن حدود الوكالة؟

[1]- منها إقرار الأصيل للتصرف الذي قام به النائب متجاوزا الحدود النيابة، أو في حالة التصرف بحسن النية، كأن يجهل النائب والمتعاقد معه انقضاء النيابة وقت العقد، أو تعذر إخطار الموكل سلفا، علي فيلالي، المرجع السابق، ص 130.

أضف إلى ذلك أن إقرار الأصيل أو تصديقه على الأعمال التي يقوم بها الوكيل تجاه المتعاقد معه لن تكون لها فائدة إلا إذا علم المتعاقد بهذا الأصيل ليتأكد من إقراره التصرفات التي قام بها وكيله، كما أن المشكلة ستضل قائمة لو رفض الأصيل إقرار التصرف الصادر من الوكيل كما في حالة تجاوز حدود سلطته، فمن يكون مسئول في هذه الحالة عن التصرفات التي قام بها الوكيل الذكي؟ وكيف يمكن تنفيذ هذه المسؤولية؟

في هذا الشأن أحكام القانون الأمريكي للمعاملات التجارة الإلكترونية التي تنظم تعاملات الوكيل الذكي، تنص على أن الأطراف يكونون ملزمون ومسؤولون عن الأعمال التي يقوم بها الوكيل الإلكتروني والذي يكون تحت سيطرتهم ولا يستطيعون التخلص من المسؤولية بحجة أن الوكيل يعمل بدون توجيه بشري، فالكمبيوتر هو مجرد أداة في يد الشخص الذي يستعمله إذ لا يملك إرادة مستقلة عن إرادة مالك الجهاز.

ومن تم يمكن القول أنه في حال ما إذا ارتكب الوكيل الذكي خطأ نتيجة عيب في البرمجة مما دفع الغير إلى التعاقد معه جاز للغير المطالبة بإبطال العقد ويكون ذلك برفع دعوى ضد الموكل الذي يعد الطرف الأصيل أو مطالبته بالتعويض، وفي هذه الحالة يرجع الموكل على مصمم برنامج الكمبيوتر باعتباره مسؤولا عن الخطأ في البرمجة، إلا أنه لا تتحقق مسؤولية الموكل إلا بتحقق مسؤولية الوكيل الإلكتروني فإذا كان الضرر اللاحق بالغير راجع لسبب أجنبي لا دخل للوكيل الإلكتروني فيه لا يمكن للغير الرجوع عن الموكل ويستطيع هذا الأخير نفي المسؤولية إذا أثبت أن الوكيل الإلكتروني لا يعمل تحت سيطرته أو أن الضرر الذي لحق بالغير لم يكن راجع إلى خطأ الوكيل الإلكتروني بل لسبب أجنبي، كأن يكون الخطأ بسبب فيروس أصاب البرنامج، ففي هذه الحالات وغيرها يصعب تحديد المسؤول عن الخطأ، بخلاف القواعد العامة للوكالة التي تجيز للموكل الرجوع على الوكيل لإقامة المسؤولية عن أخطائه الشخصية، لذلك يرى بعض الفقه أن أجهزة الكمبيوتر لا تعتبر مؤهلة بموجب القانون و لا يجوز اعتبارها مسئولة.

تفاديا لهذا الانتقاد يرى بعض الفقه ضرورة استثناء الأدوات الإلكترونية من الأحكام المنظمة لعقد الوكالة التي تتطلب أن يبرم العقد بين شخصين قانونيين وخضوع هذه الأدوات لقانون مستقل خارج قانون الوكالة التقليدية[1].

في جميع الحالات تقريبا التي سبق تحليلها، تبين أن النظام القانوني للوكيل الذكي به نقص، فالتشريع المطبق يعزو تقريبا جميع المخاطر المرتبطة باستخدامه إلى الشخص الذي يستخدمه، فإذا كان ذلك يتوافق مع المخاطر الناتجة عن الاختلال الوظيفي للوكيل الذكي أو التشغيل غير الصحيح لكن ذلك لا يتوافق مع المخاطر غير المتوقعة، لأن هذه الأجهزة الإلكترونية قد وصلت إلى درجة مناسبة من الاستقلال حيث من الصعب تصور قبول تاجر ما باستخدام الوكيل الذكي مع التعرض لخطر المسؤولية عن تصرفاته خصوصا عندما يعلم أن استقلال الجهاز الإلكتروني يمكن أن يسبب له بعض المخاطر، وبالتالي هذا الأمر يحتاج إلى اتخاذ تدابير توفر حماية لمن يستخدمون الوكيل الذكي وإلا سيعدلون عن استخدامه إذا لم يتم معالجة مشكلة المسؤولية وتحمل الوكيل الذكي نتيجة تصرفه، لذلك اقترح البعض من الفقه أنه من المناسب والأهمية الاعتراف بالشخصية القانونية للوكيل الذكي، وهو ما سوف نتعرض له في المطلب الثاني.

ثالثا: أهمية منح الشخصية القانونية للوكيل الذكي

في الواقع يمكننا أن نتصور أنه كلما كان الوكيل الذكي أكثر استقلالا تزداد المخاطر وقد يكون من المفيد طمأنة المستهلك الذي يتعامل مع الوكيل الذكي بوضع تنظيم قانوني للوكيل الذكي يقترح منحه شخصية قانونية مع الأخذ بعين الاعتبار ببعض الحلول الهامة التي من شأنها أن تساهم في تطوير التجارة الإلكترونية.

[1]- شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص99.

بالنسبة للمعارضين فكرة منح الوكيل الذكي الشخصية القانونية[1] يبررون هذا الرفض من جهة أن الشخصية القانونية ترتبط بالذمة المالية ومن غير المتصور القول بذلك للوكيل الذكي، من جهة أخرى أن الشخصية القانونية وما ينبني عليها من آثار قانونية لا تثبت لغير الأشخاص الطبيعيين إلا إذا نص المشرع على ذلك صراحة والقانون لم يتضمن ذلك صراحة.

غير أن هناك من يرى أنه لوضع أساس قانوني للعقود المبرمة من قبل الوكيل الذكي لابد من إدراجه في نطاق الشخصية القانونية[2] التي تتمتع بها "الشركة"، وبالتالي الاعتراف بالشخصية القانونية على أساس دمج الوكيل الذكي في هيكل الشركة كما ينظمها القانون التجاري، ويمكن أن يكون للوكيل الذكي أصول مالية تمكنه من دفع التعويض للمضرور، من بين هذه الأصول، شفرة البرامج الذكية، وقواعد البيانات أو تطويرها، والإيراد المتحصل مقابل خدماته، والربح من التعامل.

يقدم البعض حجته في تأييده لمنح برنامج الوكيل الذكي الشخصية القانونية على تحقيق مصلحة مستخدم البرنامج وحمايته من الأخطاء الفنية غير المتوقعة التي تقع من البرنامج وتلك الأخطاء التي لم يساهم فيها. وبيان ذلك أنه لو اعتبرنا الوكيل الذكي مجرد أداة يستخدمها الشخص في التعاقد فيكون مسؤولا عن كافة الأخطاء التي تقع من البرنامج سواء كانت أخطاء في إدخال المعلومات له ويكون المستخدم متسببا فيها، أو الأخطاء الفنية المتعلقة بالبرمجة أو تلك المتعلقة بشبكة الانترنت كبيئة عمل له وهي أخطاء لم يشارك فيها المستخدم ولا يعتبر ذلك عدلا ولا معقولا من الناحية القانونية.

هذا بالإضافة إلى أنه سيؤدي إلى إحجام الكثيرين عن التعامل في هذه البرامج مما يعرقل تقدم وتنمية التجارة الإلكترونية ويزيد من الشك حول أمن المعاملات عبر شبكة الانترنت[3] والأمر على خلاف ذلك لو اعتبرنا الوكيل الذكي شخصا قانونيا يستطيع التعبير عن إرادته باعتباره وكيلا عن المستخدم، إذ في هذه الحالة يستطيع مستخدم البرنامج التمسك بخطأ الوكيل أو بتجاوزه حدود وكالته أو التصرف بلا وكالة للتخلص من مسؤوليته. بالإضافة إلى أن منح برنامج الكمبيوتر الشخصية القانونية سيحل المشكلة المرتبطة بقدرة الوكيل الذكي على التعبير عن إرادته بقبول الوكالة وهي الفكرة التي تمسك بها المعترضون على مسألة تعبير الوكيل عن إرادته، كما أن هذا الحل سيجعل الوكيل الذكي يتحمل نتائج أعماله دون ضرورة اللجوء إلى فكرة الافتراض القانوني[4].

علاوة على ما سبق، إذا كان اعتبار الوكيل الذكي مثل الأشخاص الاعتبارية قادرا على التعاقد فقد حلت مشكلة صحة العقود المبرمة من طرفهم، غير أن هناك مخاوف أخرى تتعلق بالمسؤولية التي يواجهها الأشخاص الذين يستخدمون الوكيل الذكي ولكي يستكمل الحل لابد من تطوير أيضا نظام المسؤولية لتحقيق نظام متوازن بغرض تحقيق هدفين: الهدف الأول يتمثل في تحديد مسؤولية الأشخاص اللذين يديرون الوكيل الذكي والهدف الثاني يتمثل في حماية الأشخاص اللذين يتفاعلون مع هذه الأجهزة الإلكترونية. يوزع هذا النظام المسؤولية بصورة منصفة سواء عن طريق منح ذمة مالية إلى الوكيل الذكي أو الاشتراك في التأمين.

طبقا لنظرية الذمة بالتخصيص يسمح للتاجر الذي يستخدم الوكيل الذكي نقل بعض أصوله أو ممتلكاته لضمان على وجه الحصر التزامات الوكيل الذكي.

---

[1]- فكرة منح الوكيل الذكي الشخصية القانونية انتقدت على أساس عدم وجود فائدة عملية من ذلك وأهم انتقاد وجه من قبل البعض يتمثل في أن هذا الحل يتطلب عملية تشريعية طويلة، وأن الأمر لا يستقر فقط مع اعتماد تشريعات وطنية تحدد معايير مشتركة في تعريف هذا الكيان الجديد، ولأن الاعتراف محل شك بسبب الحجج والمنطق المعتمد للشركات، ولأن الشخصية القانونية تستند بشكل واضح على مجموعة من الإجراءات القانونية "تأهيل الشخص الاعتباري" هو نتيجة مباشرة للاحتياجات الاجتماعية بشأن علاقة قانونية. مضيف إلى ذلك فمن المعلوم أن الشخص الاعتباري يحتاج إلى من يمثله من الأشخاص الطبيعية إذ ليس لديه وجود واقعي، ومثل هذا الأمر غير متصور إذا تعلق الأمر بالوكيل الذكي.
مسعود بوريغدة ناريمان، العقود المبرمة بواسطة الأنظمة الإلكترونية الذكية، رسالة دكتوراه جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق 2017، 162-164.

[2]- ALLEN (T) et Widdison (R), Can computer make contracts? Harvard Journal of Law and Technology, 1996, P 29.
أشار إليه شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 75.

[3] - ALLEN (T) et Widdison (R), Op cit, P 12

[4]- شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 75.

ينشأ مبدأ تخصيص ذمة مالية مستقلة ومتميزة للوكيل الذكي عن الذمة المالية للمستخدم، في هذه الحالة التاجر لا يّملك دائني المستخدم الشخصيين حق الرجوع على الذمة المالية للوكيل الذكي كما أن دائني الوكيل الذكي ليس لديهم الحق في الرجوع على الذمة المالية للتاجر لأن لكل منهم ذمة مستقلة.

من أجل تدعيم حماية المستهلك أيضا يجوز تكملة نظرية الذمة بقواعد أخرى ترتكز على أساس الاشتراك في التأمين، وذلك بإلزام التاجر الذي يستخدم الوكيل الذكي بموجب القانون بإبرام عقد تأمين لتغطية الأضرار التي تلحق بالتاجر نتيجة تحميله المسؤولية والتزامه بدفع التعويض للمضرور الناتجة عن التصرفات الضارة للوكيل الذكي الذي يستخدمه في تجارته الإلكترونية[1].

في هذا السياق يمكن نقل المخاطر إلى شركة التأمين من ضمنها المخاطر غير المتوقعة والحد من مسؤولية التاجر الافتراضي وتحميل شركة التأمين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة الذي لا يستطيع مواجهته أو الحد منه وهذا يمنح الثقة للغير في التعاقد مع الوكيل الذكي حيث يضمن الحصول على تعويض.

لتوفير حماية كبيرة للمتعامل مع الوكيل الذكي اقترح بعض الفقه حل آخر يتمثل في ضرورة تبني نظام تسجيل إلكتروني يطلق عليه عقد الوكيل المصادق عليه **CAAP** [2] يتضمن تسجيل اسم الوكيل الذكي والشركة المصنعة له واسم المستخدم ودرجة تقدم تقنية الوكيل وأن يوضح في السجل كذلك الشخص الذي يتحمل نتائج أعمال هذا الوكيل. وتعطي الشركة المسؤولة عن التسجيل شهادة إلكترونية لذوي الشأن تتضمن هذه البيانات في مقابل رسم معين ويدفع الشخص المسؤول عن الوكيل تكلفة هذا التسجيل. يؤدي عقد الوكيل المصادق عليه وظيفيتين رئيسيتين: إدراج الوكيل الذكي ضمن طائفة الشركات مما يفضي إلى زيادة ثقة المستهلك من خلال تعزيز الإفصاح عن المعلومات المتعلقة بهذا الوكيل الذكي، كما أن التسجيل مفيد في الوقاية المنازعات التي قد تنشأ عن استخدام هذه الأجهزة الإلكترونية في التجارة الإلكترونية وتسويتها.

من المفيد جدا الربط بين استقلال الوكيل الذكي والحماية المقدمة من شركة التأمين وتخصيص الذمة كلما كان الجهاز الإلكتروني يتمتع باستقلالية أكبر ينبغي أن يكون مقدار الأموال المقدمة من التاجر على الانترنت أكبر نظرا لأنها بمثابة الضمان الوحيد لدائني الوكيل الذكي.

واضح مما سبق أن التكنولوجيا الجديدة استطاعت بفضل خصائصها الفنية المتقدمة أن تتخطى دورها التقليدي، الذي كان يتمثل في نقل إرادة المستخدم المعبر عنها، إلى دور جديد تتمتع عند أدائه باستقلالية عن المستخدم، بل حتى بالمبادرة في اتخاذ القرار وتقديم عروض تتناسب مع رغبات و تفضيلات المستخدم بناء على ما لديه من بيانات سابقة وأخرى اكتسبها وخزنها من تعاملاته مع وكلاء أذكاء آخرين.

في ظل هذا الدور أصبح الوكيل الذكي لا يعود إلى إرادة مستخدمه عند إبرام العقود لفائدته بل البرنامج الإلكتروني هو الذي يعبر عنها، لهذا أصبح من الضروري سن تشريعات تهدف إلى تحديد وتنظم المركز القانوني لهذا النوع من الوكلاء الأذكياء، لأن كلما كان الوكيل الذكي أكثر استقلالا زاد احتمال حدوث مخاطر تضر كل من التاجر والمستهلك الإلكتروني بسبب التعامل والتعاقد بواسطته في فضاء السوق الإلكترونية على شبكة الانترنت التي تمتد عبر الكرة الأرضية قاطبة، وهو ما يفرض ضرورة أن يكون التنسيق على مستوى المنظمات الدولية المختصة في التجارة وحركة تنقل الأموال عند إنشاء القواعد القانونية التي تتماشى مع التطورات الفنية المتلاحقة لبرامج وتطبيقات الذكاء الاصطناعي.

1- أحمد كمال أحمد، المرجع السابق، ص 339.

2- الجدير بالذكر أن البعض قد شكك في هذا الحل ويرى أنه لن يحل سوى مشكلة تحديد هوية الوكيل ولكنه لا يحل كل المشكلات المتعلقة بالوكيل الإلكتروني، شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 116.

الفرع الثالث: طرق أخرى شائعة لتعبير عن الارادة إلكترونيا

قد يتم التعبير عن الإرادة إلكترونيا عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق المواقع الإلكترونية أو عن طريق المحادثة أو ما يسمى بنظام التخاطب عبر الانترنت أو عن طريق التنزيل عن بعد ونستعرضها على النحو التالي:

أولا: التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني (E-Mail)

يعد البريد الإلكتروني أحد الطرق الفنية للتعبير عن الإرادة عبر الانترنت، إذ بواسطة البريد الخاص بالمستخدم الذي يرغب في التعاقد يتم التعبير عن الإيجاب والقبول بسهولة من خلال لوحة المفاتيح في جهاز الحاسب.

المقصود بالبريد الإلكتروني تبادل الرسائل بين الأطراف ولكن بطريقة إلكترونية، وينظر عادة إلى البريد الإلكتروني على أنه المماثل للبريد العادي، ولذلك فإنه في مجال البريد الإلكتروني يمكن تطبيق القواعد الخاصة بالبريد العادي، لأنه عندما تضع الرسالة العادية في داخل صندوق البريد فإنه بذلك تفقد السيطرة عليها ولا تستطيع استردادها، فكذلك الحال بالنسبة للبريد الإلكتروني، ويطلق عليه في فرنسا اسم **Messagerie Electronique** وأيضا كلمة **Mail** إلى جانب التسمية السابقة، ولتعدد مسميات البريد الإلكتروني في فرنسا أصدرت اللجنة العامة للغة الفرنسية منشورا في 20 يونيو 2000 يلزم الإدارات والمصالح العامة باستخدام مصطلح **Courrier** ، وهذا المصطلح ناتج عن تركيب ودمج لكلمة **Courrier** مع كلمة **Electronique** [1]. بينما عرفته اللجنة العامة للمصطلحات بفرنسا بأنه وثيقة معلوماتية يحررها أو يرسلها أو يطلع عليها المستخدم عن طريق الاتصال بشبكة المعلومات[2].

عرف التشريع الأمريكي بشأن خصوصية الاتصالات الإلكترونية الصادر في 1986 البريد الإلكتروني بأنه: " وسيلة اتصال يتم بواسطتها نقل المراسلات الخاصة عبر شبكة خطوط تليفونية عامة أو خاصة، وفي الشكل الغالب يتم كتابة الرسالة على الحاسب الآلي ثم يتم إرسالها إلكترونيا إلى حاسب مورد الخدمة الذي يتولى تخزينها لديه حتى يأتي المرسل إليه ليستعيدها.

ورد أيضا بالمادة الأولى من القانون الصادر في 22 يونيو 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي في فرنسا تعريف البريد الإلكتروني، بأنه: "كل رسالة أيا كان شكلها نصية أو صوتية أو مصحوبة بصور وأصوات يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات، ويتم تخزينها حتى يمكن استعادتها"[3].

ملايين الرسائل الإلكترونية تنقل يوميا عبر نظام البريد الإلكتروني وهذه الرسائل قد تكون لها ملحقات تتضمن ملفات أخرى أو صور أو رسومات، ومن أهم ما يستطيع نظام البريد الإلكتروني تقديمه هو عملية التواصل بين طرفين يفصل بينهما آلاف الكيلومترات دون أن يتحقق لهم الوجود المادي والفعلي.

تمتاز هذه الطريقة بأن الحصول على البريد يكون مجانا من خلال موردي الخدمات أو الشركات على الانترنت كشركة **yahoo** وشركة **Hotmail** وشركة **Gmail**. ولا يتطلب مهارة عالية في استخدامه، ويتميز بسرعته الفائقة مقارنة بالطرق التقليدية. بذلك يكون للبريد الإلكتروني الدور الإيجابي بدفع المستخدم إلى التعاقد وذلك بعد إرسال المورد بريدا إلكترونيا بالسلع أو الخدمات الموجودة لديه ويعرضها على المستخدم وبالتالي يمكن تكوين الإيجاب بعد تبادل وجهات النظر التمهيدية. وبعد اطلاع المرسل إليه على بريده الإلكتروني عندها يتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه ويستطيع إرسال قبوله إلى الموجب فينعقد العقد بعد علم الموجب بالقبول.

---

[1]- إبراهيم الدسوقي، عقد نقل التكنولوجيا، الإسكندرية 2002، ص 298.

[2]- عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، 2005، ص 12.

[3] - Décision n°2004-496 du 10 juin 2004

وسيلة التعبير عن الإرادة بالبريد الإلكتروني E-mail هي الكتابة ولا تختلف تلك الكتابة في جوهرها عن الكتابة العادية سوى في الوسيلة، فإذا كانت الكتابة بشكلها المعتاد يتم تحقيقها بواسطة القلم، وكما كان القلم اختراعا عظيما في زمن تاريخي معين، فإن الكمبيوتر لا يزيد عن اعتباره آلة طابعة بشكل حديث يتم نقر الأصابع عليها بدلا من الإمساك بالقلم، وكل ما هناك أن التعبير عن الكتابة بطريقة الكمبيوتر كتابة من نوع خاص ليست كتابة على دعائم ورقية وإنما باستخدام دعائم إلكترونية.

لما كان معظم المتراسلين عبر البريد الإلكتروني يقطنون في عدة دول ومناطق مختلفة، لذا كان لابد من اعتماد نظام زمني موحد لتجنب احتمال أي لبس أو غموض حول وقت وزمان إبرام العقد الإلكتروني، ولذلك تم اعتماد نظام يسمي النظام العالمي الزمني -توقيت جرينتش-

جدير بالذكر أن محكمة النقض الفرنسية قضت بأن: "البريد الإلكتروني المرسل يمكن اعتبار محتواه الإلكتروني دليل من أدلة الإثبات، حتى وإن لم يستوفي متطلبات المادة 1/1316 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالكتابة الإلكترونية"[1].

ثانيا: التعبير عن الإرادة عبر الموقع web sit

قد يخلط البعض بين مصطلح الموقع web ومصطلح الانترنت على اعتقاد أنهما مصطلحان لمعنى واحد، ولكن الواقع أنهما مصطلحان مختلفان، فالموقع وسيلة من ضمن وسائل الاتصال التي تقدمها شبكة الانترنت، بل إنه مجموعة من الصفحات على شبكة الانترنت حول تنظيم ما أو موضوع خاص، وهو الوسيلة الأكثر استخداما في الاتصالات عبر الشبكة.

عادة ما تقوم بعض الشركات بعرض سلعها على المواقع الإلكترونية، حيث تقوم بتصوير المنتوج مع ذكر سعره ومواصفاته على مواقع الشركة الإلكترونية، فإذا رغب العميل في شراء أي منتوج من تلك المنتوجات فإنه يقوم بالنقر على مفتاح الموافقة فيظهر له العقد المتعلق بالشراء والمعد مسبقا من قبل الشركة العارضة.

استخدام موقع على الانترنت يعني استمرارية هذا الموقع على مدار الساعة والأيام، ويتألف الموقع من مجموعة من الصفحات وصفحة رئيسية. والتعبير الإلكتروني عن الإرادة عبر مواقع الويب قد يعبر عنه بالكتابة أو بالنقر على زر الموافقة، فقد يتم التعبير عن الإرادة عن طريق الضغط على زر الموافقة الموجود في لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر، أو بالضغط بالمؤشر - الفأرة - في الخانة المخصصة لذلك في صفحة الويب، وتسمي هذه الطريقة **Ok box**[2]، وتستخدم من أجل التعاقد سواء بشأن المنتجات أو الخدمات الموجودة على صفحات الويب، حيث يختار المستهلك السلعة المنشودة ويضغط على أيقونة الموافقة فيظهر أمامه صفحة أخرى تتضمن العقد النموذجي المحتوي على شروط وبنود التعاقد الذي لا يستطيع مناقشته أو التفاوض بشأنه، فإذا أراد المستهلك إتمام التعاقد يقوم بالضغط على أيقونة القبول أو كتابة عبارة تفيد الموافقة باستخدام لوحة المفاتيح.

يلاحظ أن مجرد الضغط بالموافقة على العلامة الخاصة بذلك - الأيقونة - أو ملامسة مؤشر القبول- الفأرة- لا يعني القبول حتما، إذ قد يحدث ذلك نتيجة خطأ غير مقصود من القابل، ولذلك نجد أن معظم الشركات التجارية تزود صفحات الويب ببرنامج معلوماتي يعبر عن الرغبة الجادة في إبرام التعاقد، كأن يشترط الضغط مرتين على الزر الموافقة **Double click** الموجود في لوحة المفاتيح، أو بث رسالة إلكترونية تفيد القبول والرغبة في إتمام التعاقد.

[1] - Cass-civ 27 novembre 2014, la cour de cassation a admis qu'un courrier pouvait constituer la preuve d'un fait sans avoir à vérifier le respect des exigences de l'article 1316-1 du code civil sur l'écrit électronique ....

[2]- نويل أسيا بروك، نيل فرنون، ترجمة أمين الأيوبي، تعلم الانترنت في 24 ساعة، أكاديميا أنترناشيونال بروت، 1998، ص 78

يمكن أن يعبر عن الإرادة أيضا باستخدام بعض الإشارات والرموز التي أصبح متعارفا عليها بين مستخدمي شبكة الانترنت، فهناك مثلا وجه مبتسم تدل على الموافقة، ووجه غاضب تدل على الرفض، ويرى البعض أن هذه الإشارات لا تخرج عن معناها التقليدي سوى أن الإشارة الجديدة هي إشارة صادرة عن جهاز كمبيوتر، ولكنها تعبر عن إرادة الموجب له وليس عن إرادة الكمبيوتر[1].

ثالثا: التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة Internet relay chat

يستطيع مستخدم الانترنت عبر برنامج المحادثة **IRC** التحدث مع شخص آخر في وقت واحد عن طريق الكتابة، لذلك سميت بالتفاعل المباشر بين العاقدين، ويشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان متصلين بأحد برامج خدمة **IRC**، ويقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية إلى جزئين، حيث يقوم أحد الأطراف بكتابة أفكاره على شاشة جهازه الشخصي في الجزء الأول وسيرى في الوقت نفسه ما يكتبه الطرف الأخر على الجزء الثاني من صفحة البرنامج، وتوفر هذه الوسيلة التعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين، كما تعتبر وسيلة فعالة لعقد المؤتمرات بين عدة أشخاص في دول مختلفة وفي نفس الوقت[2].

قد نجد في بعض الأحيان إضافة كاميرا رقمية، تسمح بأن يشاهد كل متعاقد الطرف الأخر فيصبح التعاقد هنا عن طريق المحادثة والمشاهدة معا، ونلاحظ هنا أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة، حيث يرى ويسمع المتعاقدان كل منهما الأخر، فيكون التعاقد هنا بين حاضرين، لكن يثور تساؤل عن ماذا يحدث إذا انقطع الاتصال لسبب من الأسباب الفنية؟ فهل يؤثر ذلك على الإيجاب الصادر؟

إذا انقطع الاتصال لسبب من الأسباب الفنية كالتوقف عن متابعة التحميل لخلل أو انقطاع الكهرباء أو الإصابة بفيروس، فيجب عند إعادة الاتصال أن يعيد الموجب إيجابه مرة أخرى، لأن ما حدث يعد تفرقا مكانيا وزمنيا عن مجلس العقد، فيجب أن يتبع ذلك قبول من القابل.

رابعا: التعبير عن الإرادة عبر التنزيل عن بعد

يقصد بمصطلح التنزيل عن بعد نقل أو استقبال أو تنزيل أحد الرسائل أو البرامج أو البيانات عبر الانترنت إلى الكمبيوتر الخاص بالعميل، وهو ما يسمى في التجارة الإلكترونية بالتسليم المعنوي، حيث يمكن إبرام العقد وتنفيذه على الخط دون حاجة إلى اللجوء للعالم الخارجي، وهو عكس مصطلح **UPLoad** الذي يقصد به التحميل عن بعد، وهي عملية إرسال ملف أو برنامج إلى جهاز كمبيوتر آخر[3].

التعبير الإلكتروني عن الإرادة بواسطة التنزيل عن بعد قد يعبر عنه باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالته على مقصود صاحبه، ومثال ذلك أن يعرض الموجب على الموجب إليه بيع نسخة من فيلم سينمائي أو قطعة موسيقية، فيقوم الموجب له بتسجيل رقم بطاقته الائتمانية الخاصة به في الخانة المخصصة لذلك على الشاشة، فيتم خصم قيمة المبيع من رصيده فورا عن طريق التحويل الإلكتروني للأموال، ويقوم الموجب بنقل المبيع إلى جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب له عبر الانترنت[4].

خامسا: مدى جواز إبرام عقد شكلي إلكترونيا

أثار هذا التساؤل حول مدى إمكانية إبرام العقد الشكلي عبر الانترنت خلافا في الفقه الفرنسي، إذ ذهب رأي إلى أن العقود الشكلية لا يمكن إبرامها إلكترونيا مستندا إلى أن الشكلية الإلكترونية متمثلة في الكتابة والتوقيع الإلكترونيين على دعامة غير ورقية لا يمكن أن تغني عن الكتابة والتوقيع التقليدي الورقي والتي يتطلبها القانون صراحة لانعقاد العقد الشكلي.

---

[1]- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت، الطبعة الأولى، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، 2002، ص 47.
[2]- مراد محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكترونية، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس القاهرة مصر 2007، ص 164.

[3]- مراد محمود يوسف مطلق، المرجع السابق، ص 165.
[4]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مصر 2005، ص 133.

فقد اعترف المشرع الفرنسي بالكتابة الإلكترونية في المادة 1/1316 من القانون المدني التي تنص على أن "الكتابة الإلكترونية تعتبر دليل كتابي مثلها كمثل الكتابة على دعامة ورقية"، ولكن رغم أن المشرع الفرنسي قد اعترف بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الالكتروني في المادة المشار إليها، إلا أنها ليست إلا شكلية إثبات لا شكلية انعقاد، فهي وسيلة لإثبات التعاقد[1].

ذهب رأي ثاني إلى جواز إبرام العقود الشكلية عبر الانترنت عن طريق العقود الإلكترونية، وذلك لأن نص المادة 1316 مدني فرنسي جاءت بصياغة عامة بشأن استلزام الكتابة في إبرام العقد الشكلي دون تفرقة صريحة بين الكتابة الورقية والكتابة الإلكترونية، مما يجوز معه إبرام العقود الشكلية الإلكترونية شأنها شأن الكتابة التقليدية باعتبار أن النص يؤخذ على عموميته طالما لم يخصصه نص خاص يصرفه عن العمومية الواردة به. وكذلك إن التوجيه الأوروبي رقم 31 لسنة 2000 بشأن التجارة الإلكترونية قد حظر على تشريعات الدول الأعضاء وضع أية عراقيل أو عقبات تحول دون الاعتراف بالعقد الإلكتروني، بل حثهم على إقرار التصرفات المبرمة إلكترونيا، فيكون عدم إجازة إبرام العقد الشكلي إلكترونيا مناقضا لأحكام التوجيه الأوروبي وبالتالي باطلا، ومؤداه جواز التصرفات الشكلية إلكترونيا بمقتضى الكتابة الإلكترونية والتي أصبحت قوتها القانونية ليست قاصرة فقط على أنها شكلية للإثبات، بل شكلية للانعقاد الإلكتروني شأن كل كتابة تقليدية على دعامة ورقية[2].

ذهب رأي ثالث إلى الاقرار ضمنيا بمبدأ شكلية الانعقاد في العقود الإلكترونية والاعتداد بالكتابة الإلكترونية المكونة للشكلية الإلكترونية كركن في انعقاد العقود الرسمية المبرمة على دعامة غير ورقية افتراضية متى توافرت في الشكلية الإلكترونية الشروط التي استلزمها القانون[3].

تبني هذا الرأي جانب من الفقه المصري استنادا إلى المادة 15 من القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 بشأن التوقيع الإلكتروني، التي تنص على أن للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والورقية، كما أن مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري قد جاء خاليا من التصرفات القانونية المستبعدة من إمكان إبرامها بالطريق الإلكتروني عبر الانترنت كعقد إلكتروني مما يمكن أن يفهم منه ضمنا بأن المشروع لم يستبعد من ثم عقد من إمكان إبرامه ضمن العقود الإلكترونية ولو كانت تكون عقدا شكليا يستلزم لانعقاده الكتابة والتوقيع عليه من أطرافه، حيث تكفي هنا الكتابة والتوقيع الإلكترونيين على شبكة الانترنت[4] لاسيما أن ظهرت مهنة الموثق الإلكتروني كوسيط محايد وموثوق به والذي تتحدد وظيفته في إثبات مضمون المستندات والعقود الإلكترونية وتوثيقها شأن الموثق التقليدي، وهذا ما أكده التوجيه الأوروبي رقم 93 لسنة 1999 بشأن وظيفة مقدم خدمة التوثيق للتوقيع الإلكتروني والذي أصبح يمارس نفس دور الموثق التقليدي[5].

ذهب رأي رابع في الفقه أخذ به المشرع الفرنسي، في تشريع رقم 575 الصادر في 21 يونيو 2004، إلى الأخذ صراحة بالكتابة الإلكترونية في العقود الشكلية المبرمة على شبكة الانترنت، وبالتالي جواز إبرام العقود الشكلية إلكترونيا ولكن بنص صريح من المشرع، كما فعل المشرع الفرنسي حين دعم هذه الشكلية الإلكترونية المشكوك في قوتها القانونية بالمناظرة للشكلية التقليدية الورقية بشكلية أخرى غير منازع في قيمتها القانونية، هي الشكلية الورقية كي تؤكد الشكلية والكتابة الإلكترونية عن طريق إرسال المستندات الورقية الدالة على صدق المستندات الإلكترونية مع إخطار المتعاقد الإلكتروني من جانب الموثق العقدي أو موظف الشهر العقاري بخطورة التصرف الشكلي ومضمونه بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول[6].

---

[1]- LUC GRYNBAUM, La preuve littérale et la signature de la communication électronique, J.C.P nov 1999 p25

[2]- أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، 2009، ص 79.

[3]- عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية 2004، ص 195.

[4]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 156.

[5]- L-ASSAYA et V, Baudoin, La signature électronique par cryptographie a clé publique, J.C.P . éd 23 janv 2003 n°4, p146

[6]- أحمد عبد التواب محمد بهجت ، المرجع السابق ،ص 82

أما المشرع الجزائري فاستثنى كل معاملة تستوجب إعداد عقد رسمي من المعاملات الإلكترونية (المادة 3 ف 2 قانون التجارة الإلكترونية).

المطلب الثاني: الإيجاب والقبول الإلكترونيين

إن التراضي عموما هو تبادل إرادتين متطابقتين لإحداث أثر قانوني، ويستوجب ذلك وجود ثلاثة عناصر، أولها صدور تعبير عن أحد الطرفين يدل على الرضا وهو الإيجاب، والثاني هو صدور تعبير عن الطرف المقابل يدل على رضاه وهو القبول، وثالثهما هو إرتباط لقبول بالإيجاب، وأن العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت لا تخرج عن هذه القاعدة إلا أن الإيجاب والقبول يتم التعبير عنهما وارتباطهما بوسائل إلكترونية بدلا من الوسائل التقليدية.

عليه نتناول في هذا المطلب موضوع الإيجاب والقبول الإلكترونيين من خلال إبراز الجوانب التي تخصهما في العقود الإلكترونية.

الفرع الأول: مفهوم الإيجاب الإلكتروني

يقصد بالإيجاب عموما التعبير البات عن الإرادة الأولى التي تظهر في العقد عارضة على شخص أخر إمكانية التعاقد معه ضمن شروط معينة[1]، ولهذا يشترط في الإيجاب أن يكون واضحا موجها لشخص معين وأن يكون باتا.

وقد عرفت الاتفاقية الدولية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع الإيجاب في المادة 14 منها بأنه: "يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين وكان محددا بشكل كاف وتبين منه اتجاه إرادة الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول، ويكون العرض محددا إذا عين البضائع وتضمن صراحة أو ضمنا تحديد الكمية والثمن أو كانت ممكنة التحديد حسب البيانات التي تضمنتها صيغة الإيجاب[2].

وقد تضمن البند 2/3 من مشروع العقد النموذجي الملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي المتعلق بالمعاملات الإلكترونية، ما يلي: "تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمنت إيجابا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو عدة أشخاص محددين ما داموا معروفين على نحو كاف وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة إلكترونيا بوجه عام ما لم يشر إلى غير ذلك "[3].

وهذا ما ذهب إليه القانون الموحد المتعلق بالعقود الدولية التجارية في تعريفه للإيجاب في المادة 2/12:"اقتراح لإبرام العقد بشكل عرضا إذا كان محددا بطريقة كافية ويشير إلى نية صاحبه في الالتزام في حالة القبول"

وفي إطار العقود المبرمة عن بعد، ورد في المادة 14 من التوجيه الأوروبي رقم **97/7/EC** الخاص بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد تعريف الإيجاب بأنه: "كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان[4].

للتعبير عن الإيجاب أختار المشرع الجزائري مصطلح العرض التجاري، وذلك في المادة 10 من قانون التجارة الإلكترونية، التي جاء فيها أنه: "يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري إلكتروني".

---

[1]- قارة مولود، شكل التعبير عن الإرادة في العقود التجارية الإلكترونية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، الجزائر، ص 70.

[2]- حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2011-2012، ص 55.

[3]- حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 65

[4]- بوطالب زينب، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني، ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس، 2013-2014، ص 13.

والملاحظ من خلال هذه النصوص أنه لا يختلف الإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب العادي من كونه العرض الصادر من شخص يعبر به على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق انعقد العقد، أو هو التعبير النهائي الجازم وقاطع الدلالة على اتجاه إرادة من صدر منه على الرغبة في التعاقد وفقا لشروط معينة.

غير أن الإيجاب الإلكتروني وإن كان تنطبق عليه هذه التعاريف، إلا أنه لا تصدق عليه كاملة لأنه يتميز بالصفة الإلكترونية الأمر الذي ساهم في بروز خصوصيات غير مألوفة في القواعد العامة لنظرية العقد، لذا سيتم توضيح هذه الخصوصيات (أولا) ثم نميز الإيجاب الإلكتروني عما يشابهه من العروض المقدمة على شبكة الانترنت (ثانيا).

أولا: خصوصيات الإيجاب الإلكتروني

تكمن خصوصيات الإيجاب الإلكتروني من خلال كونه يتم عبر وسائط إلكترونية (أ)، إيجابا عابر الحدود (ب)، ويتم عن بعد (ج).

أ- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسائط إلكترونية

يتطلب الإيجاب الإلكتروني وسيط إلكتروني يتمثل في مقدم خدمة الانترنت، فهو يتم من خلال الشبكة وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية، وليس هناك ما يحول أن يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الانترنت، كما أن هناك عدة أشخاص يتدخلون في الاتصال ويساهم كل منهم بدوره في إتمامه، كعامل الاتصالات ومورد المعلومات، وبالتالي فإن وجود الوسيط الإلكتروني يعد أمرا ضروريا لقيام الإيجاب الإلكتروني، فهو وسيلة التعبير عنه بحيث يتعذر دون وجوده وجود الإيجاب الإلكتروني وصحته، إذ بهذا الغرض يتحقق الوجود القانوني للإيجاب ويكون صالحا لترتيب آثاره.

للإيجاب الإلكتروني صور عديدة تكون بحسب نوع الوسيط الذي يتم تعبير الإيجاب الإلكتروني من خلاله، ويتعلق الأمر بما يلي:

- إيجاب موجه عبر البريد الالكتروني للشخص (**E-mail**) من خلال الرسالة الإلكترونية، ولكي ينطبق عليها وصف الإيجاب يشترط أن تتضمن الالتزامات التي سيتم التعاقد عليها، ويكون المرسل إليه على علم بهذا عندما يطلع على بريده الإلكتروني، وفي هذه اللحظة تبدأ فعالية الإيجاب[1] والمرسل إليه له الحرية في قبول العرض من خلال إرسال رسالة إلى الموجب تتضمن قبوله.

- كما قد يوجه الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة، وهنا يكون الطرفان على تواصل زمني في مجلس واحد، حيث تسمح هذه الوسيلة للمتعامل أن يرى المتصل معه على شاشة الحاسب الآلي وأن يتحدث معه، وذلك عن طريق كاميرا موصولة بجهاز الحاسب لدى كل طرف من الطرفين، ويتصور في هذه الحالة أن يصدر من أحد الطرفين إيجابا يقابله قبولا من الطرف الآخر وهنا ينعقد العقد بناءا على تلاقي الإيجاب والقبول ونكون أمام تعاقد بين حاضرين حكما[2]. في هذه الحالة يطبق نص المادة 64 من القانون المدني: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب ن شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل. غير أن العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد."

---

[1]- إيناس هاشم رشيد، التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، المجلد الأول، العدد الثاني، 2009، ص 192.

[2]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني. ج.ر عدد 78 لسنة 1975.

- وقد يصدر الإيجاب عبر الواب web-site، وفي هذه الحالة يتميز بكون إيجاب مستمر على مدار الساعة والأغلب أن يكون الإيجاب على web موجها إلى الجمهور أو الكافة، ويكون عادة محددا بنفاذ كمية "المخزون محدود والاستجابة في حدوده"، أو أن الإيجاب بلا التزام[1]، أو مدة معقولة للتعاقد، وهنا الموجب يحتفظ لنفسه بحق العدول عن الإيجاب، وبهذا تكون استجابة لصاحب الإيجاب المعلق على شرط بمثابة إيجاب جديد.

ب- الإيجاب الإلكتروني إيجابا عابر الحدود

السمة البارزة في الإيجاب الإلكتروني، التي تميزه عن الإيجاب التقليدي، هي اعتماده على وسائط إلكترونية، ذلك إن إرسال العرض (الإيجاب) الإلكتروني للموجب لا يحدث في مكان واحد بالرغم من التعاصر الزمني في بعض الأحيان، هذا ما يجعل الإيجاب الإلكتروني من العروض العابرة للحدود وموجهة على العموم إلى الجمهور، فهو لا يتقيد بالحدود الجغرافية للدول، إذ يمكن أن يظهر الإيجاب على شبكة الانترنت من أقصى شمال أوروبا إلى أدنى الجنوب في إفريقيا، غير أن هذا الوصف لا يؤخذ على الإطلاق في كل الأحوال، إذ قد يكون الإيجاب الإلكتروني مقيدا من حيث النطاق الجغرافي، فقد يحدث أن يتم إدراج شرط تحديد النطاق الجغرافي على مرحلة التسليم، وهي مرحلة لاحقة لانعقاد العقد الإلكتروني، وهو ما يسمى بشرط نطاق التغطية الذي نص عليه عقد المركز التجاري **INFONIE** الفرنسي من أن "العروض ليست صالحة إلا في الإقليم الفرنسي"، وكذا المركز التجاري **APPLE STORE** على أن هذا المركز "يبيع المنتجات في الولايات المتحدة وألاسكا وهاواي فقط".

وقد أشار البند الرابع ف 3 و4 من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية إلى تحديد المنطقة الجغرافية سلفا فلا يكون الموجب ملزما بإبرام هذا التعاقد خارجها.

ج- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد

لما كان الإيجاب الإلكتروني إيجابا عن بعد فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، والتي تفرض على المورد الإلكتروني بتزويد المستهلك بجملة من المعلومات جاءت بصيغة قواعد آمرة تفرض على كل طرف يعرض سلعا أو خدمات عبر شبكة الانترنت أن يقدم قبل إبرام العقد الإلكتروني جملة من المعلومات تتعلق: بشخصية المورد، وعنوانه، والخصائص الأساسية للسلع والخدمات المعروضة، وأثمانها، وتدابير الدفع والتسليم، ومدة الضمان...الخ (المواد 11، 12، و13 قانون التجارة الإلكترونية الجزائري).

هذه الالتزامات أشار إليها أيضا التوجيه الأوروبي رقم 7/97 في شأن حماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد (المادة 5)، والمرسوم الفرنسي رقم 208/741 الصادر في 23 أغسطس 2001.

ثانيا: تمييز الإيجاب الإلكتروني عما يشابهه من عروض

في الآونة الأخيرة كثر عرض الشركات التجارية سلعها وخدماتها للجمهور عبر وسائط إلكترونية عن طريق الإعلان، إما من خلال المواقع الإلكترونية للإعلانات أو من خلال وجود الإعلان كجزء من صفحة على مواقع الويب أو من خلال البريد الإلكتروني. وهنا برز التساؤل حول اعتبار الإعلان عن طريق الوسائط الإلكترونية بمثابة إيجاب كافي لإبرام عقد إلكتروني، أم أن هناك حد فاصل بين المصطلحين؟

[1]- فارة مولود، المرجع السابق، ص 18.

لتحديد ما إذا كان الإعلان عن السلعة عبر الانترنت يعد إيجابا أم مجرد دعوة للتعاقد، يتعين توضيح المقصود بالإعلان، لأن كثيرا ما يمر الإيجاب الإلكتروني من خلال الإعلان، حيث يعتبر هذا الأخير شكل من أشكال الاتصال في إطار تجاري أو صناعي أو فني بهدف الدعاية إلى توريد أشياء أو خدمات [1].

المشرع الجزائري لم يعرف مصطلح الإعلان في نص قانوني أو تنظيمي خاص واحد، بل تم ذلك من خلال عدة نصوص قانونية صدرت في أزمنة مختلفة وأخلط كثيرا بين مصطلح "الإعلان" ومصطلح "الإشهار"؛ ففي أحكام التنظيم المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، جاء أنه: "يقصد بالمصطلحات التالية ما يأتي: "الإشهار": جميع الاقتراحات أو الدعايات أو البيانات أو العروض أو الإعلانات أو المنشورات أو التعليمات المعدة لترويج تسويق سلعة أو خدمة بواسطة اسناد بصرية أو سمعية بصرية"[2]. وفي القانون المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات جاء: "يقصد في مفهوم هذا القانون بالإشهار: كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة"[3].

كما يلاحظ أن المشرع الجزائري في مفهوم التنظيم المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، جعل مصطلح الادعاء يشمل الإشهار الذي يبين من خلاله أن مميزات خاصة مرتبطة بمنشئه وخصائصه الغذائية، عند الاقتضاء، وطبيعته وتحويله ومكوناته أو كل خاصية أخرى[4]. كما عرف الإشهار الإلكتروني في قانون التجارة الإلكترونية بكونه: "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية"[5].

من خلال هذا النص الأخير، يتبين أن الإشهار الإلكتروني يقوم على ثلاثة عناصر، هي: عنصر الإعلان، وعنصر الترويج لبيع السلع أو الخدمات، وعنصر استعمال الوسائل الإلكترونية كذلك، ودون المساس بالأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال، كل إشهار أو ترويج أو رسالة ذات طبيعة أو هدف تجاري تتم عن طريق الاتصالات الإلكترونية يجب أن يلبي المقتضيات الآتية (المادة 30 من قانون التجارة الإلكترونية):

- أن تكون محددة بوضوح كرسالة تجارية أو إشهارية،

- أن تسمح بتحديد الشخص الذي تم تصميم الرسالة لحسابه،

- ألا تمس بالآداب العامة والنظام العام،

- أن تحدد بوضوح ما إذا كان هذا العرض التجاري يشمل تخفيضا أو مكافآت أو هدايا، في حالة ما إذا كان هذا العرض تجاريا أو تنافسيا أو ترويجيا،

- التأكد من أن جميع الشروط الواجب استيفاؤها للاستفادة من العرض التجاري، ليست مضللة ولا غامضة.

1- مولاي حفيظ طوي قادري، التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، المجلة القانونية الإلكترونية، الجزء الأول، العدد 64. www. Alkanounia. com

2- المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 3 رجب عام 1410 الموافق 30 يناير سنة 1990، المعدل والمتمم، المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش. ج.ر عدد 05 لسنة 1990.

3- المادة 3 البند 3 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، المعدل والمتمم، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية. ج.ر عدد 41 لسنة 2004.

4- المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 5 محرم عام 1435 الموافق 9 نوفمبر سنة 2013، المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك. ج.ر عدد 58 لسنة 2013.

المادة3:"يقصد في مفهوم هذا المرسوم بما يأتي: - الادعاء: كل عرض أو اشهار يبين أو يقترح أو يفهم منه أن للمنتوج مميزات خاصة مرتبطة بمنشئه وخصائصه الغذائية، عند الاقتضاء، وطبيعته وتحويله ومكوناته أو كل خاصية أخرى،...".

5- المادة 6 البند 6 من القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية. ج.ر عدد 28 لسنة 2018.

ومنع قانون التجارة الإلكترونية الجزائري الاستبيان المباشر اعتمادا على إرسال الرسائل عن طريق الاتصالات الإلكترونية باستعمال معلومات شخص طبيعي، بأي شكل من الأشكال، لم يبد موافقته المسبقة لتلقي استبيانات مباشرة عن طريق الاتصال الإلكتروني، وأوجب على المورد الإلكتروني أن يضع منظومة إلكترونية يسمح من خلالها لكل شخص بالتعبير عن رغبته في عدم تلقي أي إشهار منه عن طريق الاتصالات الإلكترونية، دون مصاريف أو مبررات. وفي هذه الحالة، يلزم المورد الإلكتروني بتسليم وصل استلام عن طريق الاتصالات الإلكترونية يؤكد من خلاله للشخص المعني تسجيل طلبه، وباتخاذ التدابير اللازمة لتلبية رغبته في غضون 24 ساعة. و في حالة نزاع، ينبغي للمورد الإلكتروني أن يثبت أن إرسال الإشهارات الإلكترونية خضع للموافقة المسبقة والحرة، وأن المقتضيات المذكورة في بداية هذه الفقرة قد تم استيفاؤها (المواد، 31، 32 و33 قانون التجارة الإلكترونية الجزائري).

وقد يصعب أحيانا التمييز بين الإعلان والإيجاب حيث تساءل البعض ما إذا كان الإيجاب الإلكتروني هو إشهار في نفس الوقت؟ وهناك من قال أن الفرق بين الإشهار والإيجاب باستعمال تكنولوجيا الانترنت في طريق الزوال[1]، خصوصا في حالة ما إذا كان الإشهار الإلكتروني يحتوي على كل البيانات اللازمة التي تجعله يتضمن عرضا باتا وجازما للتعاقد حيث يشتمل على كل العناصر الأساسية التي تفيد رغبة في التعاقد، ولهذا انقسم الفقه حول هذا الموضوع:

حيث اعتبر جانب من الفقه أن الإعلان الموجه للجمهور عبر تقنيات الاتصال عن بعد يعتبر إيجابا موجها إلى الجمهور إذا تضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، كأن يتضمن تحديد السلعة أو الخدمة تحديدا تاما نافيا للجهالة وأن يحدد الثمن، أما إذا لم يتضمن الإعلان ذلك فإنه مجرد دعوة للتعاقد، ويستثنى من ذلك العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار كعقد العمل، وعقد العارية، وعقد الوكالة، فإن العرض بشأنها لا يعتبر إيجابا حتى ولو تضمن جميع العناصر اللازمة لإبرام العقد.

بينما اعتبره البعض الأخر مجرد دعوة للتعاقد، ويستند هذا الرأي إلى أن الشروط الواجب توافرها في الإيجاب غير متوفرة، وذلك بسبب عدم تعيين الشخص المقصود في الإعلان أو بالإيجاب، فضلا عما قد يتضمنه الإعلان من ضغط معنوي على المستهلك، وتحريض له على شراء سلع غير ضرورية[2].

ونرى أن الإعلان إذا تضمن جميع العناصر الأساسية التي تجعله جازما وكافيا للتعبير عن الأسس الجوهرية للتعاقد فإنه يعتبر إيجابا، أما إذا لم يتضمن الإعلان هذه العناصر الأساسية فإنه لا يعدو أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد أو التفاوض، حيث يدعو مقدم الإعلان الطرف الأخر إلى الدخول معه في مناقشات ومفاوضات قد تنتهي إلى صياغة عرض محدد يعتبر إيجابا، أو قد لا ينتهي إلى هذه النتيجة.

كلما كان الإعلان مفصلا كلما كان احتمال اعتباره إيجابا، في حين يعتبر الإعلان مجرد دعوة للتعاقد كلما استخدم الموجب عبارات يوسع فيها من حريته ولا يشير إلى أي التزام من قبله، مثل عبارة "دون التزام" أو" بعد التأكيد". وقد اختلفت التشريعات بدورها في اعتبار هذه العروض، أي الإعلانات التجارية إيجابا، فالقانون الانجليزي فيعتبرها دعوة للتعاقد أو تمهيدا للتفاوض، غير أن القانون الفرنسي الصادر في 21 يونيو 2004 المعنون ب "من أجل الثقة في الاقتصاد الرقمي" في المادة 20 منه نص على أن أي إعلان إشهاري يجب أن يكون مشفوعا بطبيعة الأشخاص الذاتيين و المعنيين بهذا الإشهار، كما أوجبت المادة 21 الموالية أن تتضمن الإعلانات والألعاب والمباريات الشروط والمقتضيات التي تنظمها أما يعرف ب **Spamming**[3] فهو ممنوع قانونا".

---

[1]- جوجو يمينة، المرجع السابق، ص 7.

[2]- مولاي حفيظ علوي قادري، المرجع السابق،

[3]- الغرض الرئيسي من" السبام" هو للإعلان بأقل الأسعار من خلال إرسال كميات هائلة من البريد الإلكتروني غير مرغوب فيها، يجمع "السبام" وهو الذي يقوم بإرسال هذه الإعلانات إلى عناوين البريد الإلكتروني على شبكة الانترنت من المنتديات والمواقع ومجموعات الحوار من خلال برامج تدعى" الربوتس" والذي يقوم بغربلة صفحات الواب وتخزين جميع العناوين الإلكترونية الموجودة بها في قاعدة البيانات عن موقع **http ar wikipedia org**

الفرع الثاني: مفهوم القبول الإلكتروني

القبول يعرف بأنه هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب وبناء على هذا التعبير يمكن أن ينعقد العقد، فبالقبول تتوافق الإرادتان أو تتلاقى الإرادتان من أجل إحداث أثر قانوني معين، وهو الإرادة الثانية في تكوين ركن الرضا في العقد، ويعرف بشكل عام على أنه الرد الإيجابي على الإيجاب، أو تعبير عن إرادة المخاطبين بالإيجاب في الموافقة على إبرام العقد على أساس ذلك الإيجاب[1]. فالقبول هو تعبير بات جازم على إرادة المخاطب على التعاقد وفقا للعناصر الجوهرية المعبر عنها في الإيجاب، وذلك بأن يكون خاليا من أي قيد أو شرط أو مقرون بالتحفظات وإلا عد إيجابا جديدا[2].

يشترط في القبول أن يكون مطابقا للإيجاب في جميع المسائل التي تناولها يستوي في ذلك أن تكون هذه المسائل جوهرية أو ثانوية، حيث تنص المادة 65 قانون مدني جزائري على أنه: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ألا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة ".

وقد يحدث أن يؤجل الاتفاق على بعض المسائل الثانوية لوقت لاحق أثناء التعاقد الإلكتروني، كأن يتفق الطرفان في عقد البيع عبر الانترنت على الشيء المبيع وثمنه لكن يختلفان في طريقة الدفع خشية التعرض لعملية الاختراق والقرصنة الإلكترونية، ويتصور ذلك خصوصا في حالة التعاقد عبر البريد الإلكتروني، غير أنه مستبعد في التعاقد عبر الواب حيث تكون كل الشروط والمسائل ثانوية وجوهرية موجودة في الإيجاب ولا يمكن للقابل سوى الموافقة أو عدم الموافقة، وهذا ما يسمى بالعقود الإلكترونية النموذجية[3] ، فلا يملك فيها القابل عندئذ إلا الموافقة أو الرفض، لأنه عادة ما يخصص لهذا أيقونات خاصة يتم النقر عليها أو ترك مجال لطبع كلمة رفض أو أوافق.

كما يجب أن تكون مطابقة القبول للإيجاب تامة بدون زيادة أو نقصان عما ورد في الإيجاب، حيث تنص المادة 66 الموالية من نفس القانون على أنه: "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا". كما يشترط في القبول أيضا أن يقترن بإيجاب قائم، فإذا تحققت إحدى حالات سقوط الإيجاب فإن القبول الصادر يعتبر إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول من الطرف الأخر لانعقاد العقد.

لا يختلف القبول الإلكتروني عن القبول التقليدي سوى أنه يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصالات الحديثة، ولذلك فهو يخضع - بحسب الأصل-للقواعد العامة التي تنظم القبول التقليدي، غير أنه يتميز ببعض القواعد الخاصة به، والتي قد ترجع إلى أنه يتم عبر وسائط ودعائم إلكترونية. حيث يتم التعبير عن إرادة التعاقد باستعمال التكنولوجيا التي أضحى من خلالها مجلس العقد عالما افتراضيا يتحقق فيه الوجود من خلال الاتصال السمعي البصري معا، لكن دون الوجود المادي لطرفي العلاقة.

للإشارة التشريعات لم تتولى تعريف القبول الإلكتروني وإنما أقرت صحة القبول الصادر بالطرق الإلكترونية، فمثلا المادة 11 من قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية تنص على أنه: "يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن القبول، وأن العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لهذا الغرض".

ووفقا للعقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية الملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي السابق، فإنه يعتبر القبول الإلكتروني قد تم إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب خلال التوقيت المحدد.

---

[1]- عبد الباسط جاسم، إبرام العقد عبر الانترنت، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 176.

[2]- المادة 66 من القانون المدني الجزائري.

[3]- الياس ناسي، التعاقد الالكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث، جامعة قالمة، العدد 2 سنة 2003، ص 62.

وفي القانون المدني الأردني رقم 85 لسنة 2001 بشأن المعاملات الإلكترونية تنص المادة 13 على أنه: "تعتبر الرسالة الإلكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد التعاقد". لقد عرف قانون المبادلات الإلكترونية التونسي القبول في عقد التجارة الإلكترونية أنه هو التعبير عن الإرادة إزاء الموجب الذي وجه القابل تعبيرا معينا عن إرادته في إحداث أثر قانوني معين، فإذا قبل من وجه إليه هذا التعبير توافر القبول، وما يميز القبول في عقد التجارة الإلكترونية أنه يتم عبر وسائل إلكترونية خاصة وأن المبادلات الإلكترونية هي المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية. وبناء عليه يمكن تعريف القبول الإلكتروني بأنه:" التعبير الصادر باستعمال وسائل إلكترونية ممن وجه إليه الإيجاب والذي يفيد تطابق إرادته مع إرادة الموجب[1].

من حيث المبدأ لا يخضع القبول في القواعد العامة لشكل معين (المادة 60 قانون مدني جزائري) فلكل متعاقد أن يفصح عن إرادته بالوسيلة التي يختارها طالما أنها تعبر عن الإرادة، لذلك تعددت وتنوعت وسائل التعبير عن القبول الإلكتروني (أولا)، غير أن التساؤل يثور فيما إذا وجه شخص إلى آخر إيجابا عن طريق وسائل الاتصال الحديثة لإبرام عقد معين ولم يصدر من الطرف الآخر ردا لا بالكتابة ولا بأية طريقة من الطرق التعبير عن الإرادة، فهل يمكن أن نستنتج من هذا السكوت إرادة منه بالموافقة على قبول الإيجاب استنادا لأحكام المادة 68 من القانون المدني الجزائري (ثانيا).

أولا: الطرق الحديثة للتعبير عن القبول في العقود الإلكترونية

هناك طرق حديثة ومبتكرة للتعبير عن القبول في العقود الإلكترونية استحدثتها تقنيات التجارة الإلكترونية، وهي طرق لم تكن مألوفة من قبل في العالم المادي، ومنها: النقرة على الإيقونة، القبول عبر البريد الإلكتروني، القبول عن طريق المحادثة أو المشاهدة.

1- التعبير عن القبول بالنقر على الأيقونة

من الطرق الحديثة للتعبير عن القبول النقر على الأيقونة بواسطة (فأرة التأشير) على شاشة الحاسوب أو ملامسة مفاتيح لوحة الحاسوب الآلي أو ملامسة أيقونة القبول، وتعد هذه الطريقة الأخيرة من أكثر الطرق التي أثيرت بشأنها مناقشات حول مدى صلاحيتها لاعتبارها طريقة معترفا بها قانونا للتعبير عن القبول وبالتالي مدى صحة العقود الإلكترونية التي تبرم من خلالها، فضلا عما يمكن أن ينشأ من إشكالات عملية تتعلق بإثبات تحقق القبول من عدمه، وإثبات ما إذا كانت اللمسة قد صدرت عن الشخص المعني أم لا، لذلك من الضروري أن نتعرض لهذه الطريقة بشيء من التفصيل في ضوء النصوص القانونية الواردة في هذا الشأن. عندما كانت ممارسة التجارة الإلكترونية في بدايتها، في أغلب الأحوال كان التاجر يتخذ لنفسه موقعا إلكترونيا على الانترنت ويعرض من خلاله السلع أو الخدمات التي يتاجر فيها، وعندما كان المشتري يريد شراء بضاعة أو الحصول على خدمة معينة، كان يبحث عنها من خلال محركات البحث، ولكن بعد أن شاعت ممارسة التجارة الإلكترونية ودخلت في مرحلة أكثر تطورا بدأ التجار يستخدمون طرقا أخرى لعرض السلع أو الخدمات على الشبكة من خلال الخدمات المتنوعة التي استحدثتها تقنيات التجارة الإلكترونية، ومنها قيام التاجر بإرسال عروض خاصة تظهر بشكل مفاجئ على شاشة الحاسوب دون أن ينتظر الشخص المستخدم للحاسوب المرتبط بالشبكة مثل هذه العروض، وأغلبية هذه العروض تكون في صورة عقد نموذجي يحتوي على مربع تكتب فيه عبارة **J'accepte** أو **d'accord**[2]، و عندما يقوم الشخص الموجه إليه هذا العرض بالنقر فوق هذا المربع أو من خلال ملامسة مفاتيح لوحة الحاسوب بما يفيد القبول، فإن هذا النقر أو اللمسة الواحدة على الجهاز يؤدي إلى انعقاد العقد دون أن يتصور هذا الشخص في بعض الأحوال بأن سلوكه هذا قد يعد قبولا ويرتب عليه القانون أثرا وتنشأ في ذمته التزامات قانونية.

1- فارة مولود، المرجع السابق، ص 25.

2 -Michel luhumbu ,ombra, Le défit du droit face au commerce électronique, mémoire fin d'étude au droit public, http:// www: mémoire online. Com/ unikin, 2005, p 7.

إن معظم التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية لم تأتي بحكم خاص عن هذه الطريقة في التعبير عن القبول، ولكن نص قانون كندا الموحد للتجارة الإلكترونية (UECA) لسنة 1999 في الفقرة 1 من المادة 20 على أن:" اللمس أو النقر لزر أو مكان معين بشكل ملائم على شاشة الحاسوب يعد طريقة للتعبير عن القبول".

واستنادا إلى هذا النص، أكدت أيضا الفقرة 1 من المادة 10 من مشروع اتفاقية الاونسترال للتعاقد الإلكتروني جواز التعبير عن الإيجاب وعن قبول الإيجاب باستخدام رسائل البيانات أو تدابير أخرى تبلغ إلكترونيا بطريقة يقصد بها التعبير عن الإيجاب أو عن قبول، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، لمس أو ضغط زر أو مكان معين على شاشة الحاسوب ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

إذا كانت هذه المسألة تعد أمرا محسوما في ظل التشريعات التي تتضمن مثل هذه النصوص، فما هو حكمها في ظل التشريعات الأخرى التي لم تتعرض لصحة التعبير عن القبول من خلال النقر أو اللمسة الواحدة على جهاز الحاسوب.

غير أن هناك من يرى عدم ضرورة النص صراحة على جواز التعبير عن القبول من خلال تلك الطريقة، لأن وجود مثل هذه النصوص لا يتفق مع عمومية القاعدة القانونية وضرورة اعتماد أسلوب محايد من ناحية تحديد الوسائل والتكنولوجيا المستخدمة في التعبير عن الإرادة وإبرام العقود، خصوصا إذا علمنا أن نهج الحياد من حيث الوسائط يشكل مبدأ أساس من المبادئ التي تقوم عليها التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية وفي مقدمتها قانون الاونسترال النموذجي[1]، وذلك لكي يستوعب القانون ما يستحدثه التقدم التكنولوجي في مجال الاتصالات من وسائل جديدة مستقبلا.

وهناك من يرى أن هذه الطريقة للتعبير عن القبول وإن كانت كافية من الناحية النظرية، لكن في أغلب الأحوال تظهر الصعوبة في إثبات تحقق القبول من عدمه وكون القبول صادرا عن الشخص المقصود أم لا، ففي هذه الحالة لابد من التمييز بين التعبير عن القبول وإثباته وأن صعوبة الإثبات لا تؤثر في صلاحية الطريقة للتعبير عن القبول على الرغم من أن صعوبة الإثبات تعد من الناحية العملية قيدا على الحرية في التعبير عن القبول بهذه الوسيلة، ولا يمكن أن يعد مجرد النقر أو اللمسة الواحدة على جهاز الحاسوب في حد ذاته توقيعا إلكترونيا يستكمل به التعبير عن القبول لاعتباره دليلا كتابيا كاملا لأنه ينقصه بعض المتطلبات الشكلية لإتمام التوقيع. لهذه الأسباب ولما تستلزمه العقود الإلكترونية من متطلبات الثقة والأمان وبغية منع ظهور إشكالات تتعلق بالإثبات مستقبلا يفضل في التعبير عن القبول الذي يتم من خلال النقر أو اللمسة الواحدة على جهاز الحاسوب أن يكون بأكثر من مجرد لمسة، فقد ذهب جانب كبير من الفقه إلى عدم الاكتفاء بمجرد الضغط على خانة كلمة "نعم" مرة واحدة ، بل يجب تزويد النظام المعلوماتي لدى الزبون أو العميل بما يمنع من إرسال القبول بمجرد الضغط على هذه الكلمة إلا بعد التأكد من أنها تعبر جديا عن رغبة صاحبها في التعاقد، ويمكن للموجب حتى يتأكد من الإرادة الحقيقية للقابل أن يجعله يبدي قبوله بالضغط مرتين على موضعين منفصلين على شبكة الانترنت بالموقع الإلكتروني للموجب، فالضغطة الأولى تظهر فيه صفحة شروط التعاقد والضغطة الثانية حين تظهر صحيفة القبول النهائي أو تأكيد القبول، أي يجب عدم الاكتفاء بضغطة واحدة وإنما بالضغط على زرين مختلفين على الأسئلة التالية: هل تأكد طلبك؟ هل تأكد شرائك لهذا المنتوج وبهذا السعر؟

هذه الطريقة وما تحققه من فوائد قد تبناها العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية لسنة 2005 في البند السابع الخاص بالقبول، حيث نص في المادة 6 منه على أنه: "ينعقد العقد بصفة نهائية بين الطرفين عندما يعيد المستهلك قبوله للعقد بنقرتين" وأخذ القضاء الفرنسي أيضا بهذه الطريقة، بحيث لم يقتنع بمجرد الضغط على الأيقونة المخصصة للقبول إلا إذا كان القبول حاسما.

[1]- قانون الأنسترال النموذجي للتجارة الالكترونية، ص 17 و18.

لذلك يتعين الضغط مرتين لتأكيد القبول النهائي، ولتجنب أخطاء اليد، هناك العديد من التقنيات التي تسمح بإزالة الشك على القبول النهائي ومنها، طلب بالشراء التي يتعين على العميل أن يحرره على الشاشة، كما يسمح إدخال الرقم الخاص ببطاقة الوفاء[1]، أو يستخدم المفتاح الخاص الذي يصادق عليه طرف ثالث من غير المتعاقدين لكي يسهل إثبات صدور التعبير.

أما المشرع الجزائري فقد قرر[2] أن تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية، هي:

- وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة،

-التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الإلكتروني، لاسيما فيما يخص ماهية المنتوجات أو الخدمات المطلوبة، والسعر الإجمالي والوحدوي، والكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية، وإلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة،

- تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد

مع وجوب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبرا عنه بصراحة، من جهة وألاّ تتضمن الخانات المعدة للملء من قبل المستهلك الإلكتروني، أية معطيات تهدف إلى توجيه اختياره من جهة أخرى.

2- القبول عبر البريد الإلكتروني

القبول عبر البريد الإلكتروني يتخذ شكل رسالة معلوماتية إلكترونية يقوم القابل بإرسالها عبر البريد الإلكتروني إلى عنوان البريد الإلكتروني للموجب، تتضمن كافة العناصر اللازمة لإتمام التعاقد، يمكن أن تعد هذه الرسالة دليلا على القبول وإبرام العقد بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها بحسب المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، حيث ساوى المشرع بين حجية الكتابة الإلكترونية والكتابة العادية.

3- القبول عن طريق المحادثة والمشاهدة

يقصد بها وجود شخصين أو أكثر متصلين بشبكة الانترنت يتبادلون الحديث في نفس الوقت سواء كتابة أو محادثة صوتية كما هو الحال بتبادل الحديث عبر الهاتف[3]، وفي هذه الحالة يتبادلان الإيجاب والقبول في مجلس عقد افتراضي فيكون التعبير عن القبول صريحا فقط[4].

4- التحميل عن بعد تعبيرا عن القبول

يثور التساؤل حول اعتبار التحميل عن بعد لأحد برامج الحاسوب صورة من صور القبول بحيث يترتب به انعقاد العقد، ومثاله العملي عرض إحدى الشركات على مستعمل الانترنت أن يتعاقد على الخط؛ أي على الشبكة نفسها، على أحد برامجها وتنبهه في نفس الوقت أنه إذا ضغط على أيقونة **Accepter** فإنه يعد قابلا لشروط استعمال البرنامج، ومن ضمن هذه الشروط أنه يجوز للشركة أن تعدل شروط العقد في أي وقت بناء على مجرد إخطار يحدث أثره فورا، مع ملاحظة أن هذا الإخطار يجوز أن يتم على نفس البرنامج، فهل ضغط مستعمل الانترنت على أيقونة القبول من طرف المستعمل يعني أنه عبر على نحو صحيح عن قبوله شروط استعمال هذه الخدمة والتعديلات اللاحقة لها والتي سوف تكون نافذة في حقه؟

---

[1]- نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الإلكترونية، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 127 و128.

[2]- المادة 12 من القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر عدد 28 لسنة 2018.

[3]- عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين 2008، ص 70.

[4]- بوطالبي زينب، المرجع السابق، ص 57.

ففي مثل هذه الحالات يكون الضغط على أيقونة القبول وسيلة قانونية للتعبير عن القبول إذا اتضح منها إرادته الجازمة في التعاقد، أما مسألة عدم علمه المسبق ببعض الشروط العقدية فينبغي أن تواجه وفقا لما استقر عليه الأمر بشأن هذه المشكلة بصفة عامة[1].

5 - القبول في المعاملات الإلكترونية المؤتمتة

يتم القبول في المعاملات الإلكترونية المؤتمتة بواسطة الوسائط الإلكترونية التي يتم برمجتها للقيام بذلك دون تدخل بشري، مثال ذلك رغبة شخص في حجز تذكرة سفر لدى شركة الطيران، فما عليه سوى الدخول إلى موقع الشركة على شبكة الانترنت ويطلب حجز مقعد في رحلة يحددها حسب المواعيد المقدمة، فيطلب منه سداد ثمن التذكرة، وبمجرد تمام تحويل القيمة عن طريق عملية الدفع الإلكتروني تظهر له عبارة **OK** وبمجرد الضغط عليها يستطيع الحصول على صورة من تذكرة السفر عن طريق حاسوبه الخاص[2].

ثانيا: صلاحية السكوت للتعبير عن القبول في العقود الإلكترونية

لما كان التعاقد الإلكتروني يتسم بغياب التلاقي المادي المتعاصر لأطرافه لاعتماده على الوسائط الإلكترونية وعلى وجه الخصوص التعاقد الذي يتم عبر شبكة الانترنت، فإن مسألة الاعتداد بالسكوت كتعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية يثير جدلا كبيرا حول مدى جوازه ومشروعيته، فهل يمكن تصور سكوت العميل عن إبداء موقفه اتجاه الرسالة الإلكترونية التي وصلت إلى بريده الإلكتروني والمتضمنة عرضا لبيع منتوجات معينة على أنه قبولا منه أم أن تفسير ذلك متوقف على الظروف والعوامل التي تصاحب هذا السكوت؟

المستقر عليه أن السكوت في ذاته لا يعبر عن الإرادة ولا يمكن أن يشير إلى وجودها سواء بالقبول أو الرفض، كما لا يشكل تعبيرا عن الإرادة ضمنيا. لكن لهذا المبدأ استثناءات تتعلق بما يسمى بالسكوت الملابس الذي يمكن أن يصاحب ويلابس السكوت جملة من الظروف والأوضاع المحددة، تجعل منه على سبيل الاستثناء قبولا وتعبيرا عن الإرادة. هذه الأوضاع تضمنتها المادة 68 من القانون المدني: "إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فان العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

ويعتبر السكوت عن الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو أذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه."

نظرا لحداثة التعاقد الإلكتروني وتشعب صوره وتقنيات التعبير عنه، هناك رأي لا يجيز مطلقا اعتبار السكوت قبولا في إبرام هذا الشكل من العقود، لأن المتعاقدين على اتصال افتراضي وغير مباشر وليس اتصال مادي كما هو الحال في العقود التقليدية. وإذا حدث الرد على الإيجاب الإلكتروني فهذا مرده ليس السكوت وإنما وليد خطأ فني مفاجئ أصاب الشبكة أو جهاز الحاسوب الآلي الخاص بأحد المتعاقدين[3].

ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى أن الأصل العام في القبول الإلكتروني لا يتم ضمنيا لأنه يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية مؤتمتة تعمل آليا حيث لا يمكن استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد. فلا محل للقول بأن حالة العرف التجاري يلعب فعليا دورا في هذا الشكل من التعاقد، نظرا للحداثة النسبية لهذه المعاملات وعدم وجود معاملات كثيرة ومستقرة تصل إلى درجة اعتبارها عرفا يعول عليه لاستخلاص القبول من مجرد السكوت[4].

---

[1]- منادي فراح، المرجع السابق، ص 96.

[2]- منادي فراح، نفس المرجع، ص 95.

[3] - BEN SOUSSAN (AJ et COUSINJA), De la tradition st de la modernité de la coutume sur Internet. GAZ Pal, juin 2000, P14.

[4]- خالد عمر الزريقات، عقود التجارة الالكترونية، عقد البيع المبرم عبر الانترنت، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن 2007، ص 141.

وأما بشأن حالة الإيجاب النافع من كل الوجوه لمصلحة الموجب إليه، فلا يمكن تصور تطبيقه في القبول الإلكتروني لأن هذه الحالة تتضمن عملا من أعمال التبرع فهو قرض غير مألوف على الانترنت[1].

في حين تعتبر حالة وجود تعامل سابق بين المتعاقدين الحالة الاستثنائية التي يمكن توافرها. ومن أكثر الأوضاع التي يمكن من خلالها اعتبار السكوت تعبيرا عن الإرادة بوصفها قبولا في التعاقد الإلكتروني لا سيما عبر الانترنت، أن يقوم القابل بشراء السلع من أحد المتاجر الافتراضية الموجودة على شبكة الانترنت بشكل مستمر ومنتظم سواء تم ذلك عبر البريد الإلكتروني أو من خلال صفحات الويب، أو وجود تعامل سابق بين موقع إلكتروني وأحد العملاء، فإذا أرسل موقع إلكتروني إلى أحد عملائه إيجابا يعرض فيه تزويده بسلعة أو خدمة اعتاد تزويد بها ولم يبد العميل أي رفض، فهنا يعتبر سكوته قبولا لوجود تعامل سابق بهذا الخصوص[2]

الفرع الثالث: زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني

تعد إشكالية تحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني ومكانه من أدق الإشكالات القانونية التي يثيرها التعاقد الإلكتروني، لصعوبة جعل حدث معين صالحا لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني في آن واحد. ومن ثم كان لابد من الفصل بين الحدث الذي يعتد به في تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني وبين ذلك الحدث الذي يعتد به في تحديد مكانه. كما أن صعوبة تحديد مكان وزمان انعقاد العقد الإلكتروني أفرز بدوره مشكلة تكييف طبيعة مجلس العقد في التعاقد عبر الانترنت هل هو تعاقد بين غائبين أم تعاقد بين حاضرين (أولا) وتحديد القانون الواجب التطبيق (ثانيا).

أولا: أهمية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني وتكييفه فيما إذا كان تعاقد بين حاضرين أم بين غائبين

1- أهمية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني

لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني أهمية بالغة تتمثل فيما يلي:

- تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني ينبني عليها معرفة أو تحديد أهلية[3] المتعاقدين لحظة الانعقاد التي ينبني عليها صحة العقد[4].

- معرفة الوقت الذي يمكن فيه العدول عن إرادة التعاقد سواء أكان للموجب أو للقابل.

- تحديد وقت انتقال الملكية وتحمل تبعة الهلاك استنادا إلى نص المادة 389 من القانون مدني الجزائري التي تنص على أنه:" يستحق المشترى انتفاع وإيراد الشيء المبيع، كما يتحمل تكاليفه من يوم انعقاد البيع، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضيان بخلاف ذلك."

- تجاوز حالات الغش والغلط طبقا لنص المادة 81 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله."

- وفي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن الذي لا يستطيع الطعن في عقد صدر عن مدينه إضرارا بحقه إلا إذا كان هذا العقد متأخرا في التاريخ عن الحق الثابت له في ذمة المدين، ولذا تظهر أهمية تحديد وقت إتمام العقد لمعرفة ما إذا كان حق الدائن قد نشأ قبل ذلك أم لا.

---

[1]- إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 157.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 260.

[3]- يقصد بالأهلية: صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك. وتنقسم الأهلية إلى نوعين: أهلية وجوب وأهلية أداء. أما أهلية الوجوب فيقصد بها صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل التزامات. وأما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقا أو أن تحمله التزامات على وجه يعتد به قانونا.

[4]- عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 151.

- سقوط الإيجاب في بعض الحالات بالوفاة أو فقدان الأهلية، فإذا توفي الموجب أو فقد أهليته قبل انعقاد العقد سقط الإيجاب، أما إذا تم العقد قبل ذلك يكون صحيحا[1].

- معرفة بداية حساب مواعيد التقادم في الالتزامات التي تنشأ عن العقد، فتسري هذه المواعيد من وقت العلم بالقبول استنادا لنظرية العلم ومن وقت إعلان القبول طبقا لنظرية الإعلان بالقبول وهو ما تقضي به المادة 90 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري:"... ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة.".

- تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني في حالة إشهار إفلاس التاجر أو إعساره، لأن العقود التي تتم بعد هذا الشهر لا تنفذ في حق الدائن ويتوقف مصيرها على معرفة وقت تمامها، فالعقد الذي يبرمه التاجر المفلس يختلف في حكمه بحسب ما إذا كان قد تم قبل المدة المشتبه فيها أو في أثناء هذه المدة أو بعد التوقف عن الدفع أو بعد شهر الإفلاس، لذلك فإن لمعرفة وقت انعقاد العقد أهمية واضحة، لأن الحكم يختلف من حيث الصحة أو البطلان باختلاف النظرية التي يؤخذ بها في مثل هذه الفروض[2].

- القول بانعقاد العقد في لحظة معينة يمنع على أي من طرفيه نقضه أو التحلل منه طبقا لنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تعتبر "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون". وعليه فإن وقت تحديد انعقاد العقد الإلكتروني أمر هام خاصة وأن المدة الزمنية التي تفصل بين صدور القبول ووصوله إلى علم الموجب قد تكون معتبرة.

2 – أهمية تكييف العقد الإلكتروني فيما إذا كان تعاقد بين حاضرين أم بين غائبين

مجلس العقد نوعين: مجلس عقد حقيقي ومجلس عقد حكمي؛ فالنوع الأول يقصد به مجلس العقد الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد، فيكونوا على اتصال مباشر، بحيث يسمع الحديث الدائر بينهم مباشرة، ويبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد على الإيجاب سواء كان الرد قبولا أو رفضا أو ينفض مجلس العقد دون الرد على الإيجاب المقدم.

أما مجلس العقد الحكمي فهو ذلك المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه، كما هو الحال في التعاقد بواسطة الهاتف.

والذي يفرق بين مجلس العقد الحقيقي ومجلس العقد الحكمي يتمثل في عنصرا الزمان والمكان، إلا أن عنصر الزمان يبقى العنصر الأساسي في التفرقة بينهما.

ولذلك يذهب غالبية الفقه إلى اعتبار أن معيار الزمن هو ضابط التمييز بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين[3] ففي التعاقد بين حاضرين تكون الفترة الزمنية الفاصلة بين صدور القبول والعلم به هي واحدة، فالموجب يعلم بالقبول فور صدوره أما في حال التعاقد بين غائبين فتكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به.

غير أن هناك من الفقهاء من يرى أن معيار الزمن غير كاف، فهو ليس العنصر الوحيد الذي يميز التعاقد بين غائبين عن التعاقد بين حاضرين، إذ يكون التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان والمكان إذا توافرت عناصر تتمثل في: عنصر وحدة المكان، عنصر وحدة الزمان، وعنصر الانشغال بشؤون التعاقد، أي ما يصطلح على تسميته بظروف التعاقد، فإذا اختل أحد هذه العناصر اختلف معها نمط تكييف التعاقد.

1- منذر قراح، المرجع السابق، ص99.

2- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، عمان 1997، ص176.

3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 1964، ص 253.

وحيث ثابت أن شبكة الانترنت هي وسيلة من وسائل الاتصال عن بعد يغيب فيها المتعاقدان عن مجلس العقد، ومن ثم بتطبيق ما تقدم على العقد الإلكتروني يتبين أن العقد الإلكتروني لا تتوفر فيه العناصر السابقة، لأنه ليعتبر العقد ذي شكل إلكتروني يجب أن يقوم على شرطين: أولهما حضور المتعاقدين في مجلس العقد حضورا افتراضيا، وثانيهما بدء الانشغال بالتعاقد.

لذلك أثير خلاف فقهي حول العقود الإلكترونية، فلم يتفق الفقه على رأي موجه فيما إذا كان تعاقدا بين حاضرين أو بين غائبين وانقسموا إلى عدة أراء نذكر منها[1].

الرأي الأول: ويذهب هذا الاتجاه إلى القول بأن العقود التي تتم عبر شبكة الانترنت هي عقود بين غائبين زمانا ومكانا[2]، لأن العقد قد يتم كتابة بين الطرفين كالمراسلة أو بالحوار الصوتي كالهاتف أو بالصوت والصورة والكتابة معا، فهو لا يختلف عنهم إلا في الوسيلة التي يتم بها[3].

ويأخذ التعاقد الإلكتروني حكم مجلس العقد الحكمي افتراضي وهو مجلس وصول وعلم الموجب بالقبول. فصدور الإيجاب والقبول في هذا النوع من العقود لا يتم في لحظة واحدة، بل يوجد فاصل زمني بين علم الموجب بالقبول وصدوره[4]. كما أن طابع الغياب يلمس من حيث المكان، لأن مكان الموجب يختلف تماما عن مكان القابل، فلا يتواجدان في نفس المكان وهو السمة البارزة في التعاقد عبر الانترنت، لذلك يمكن القول أن نقل شبكة الانترنت للإيجاب ما هو إلا نقل عن طريق المراسلة كالرسول مع بعض التحفظ[5]، وكل ما هنالك أن النقل هنا يتم عن طريق وسيط إلكتروني الأمر الذي من شأنه أن يحقق مصلحة المستهلك لأن التعاقد عن بعد يجعله يستفيد من حق الرجوع في البيع. من الانتقادات التي وجهت لهذا الاتجاه أنه تجاهل الجانب الزمني في التعاقد الإلكتروني خاصة إذا تم عبر الانترنت، فهذا الأخير قد يتم فورا وبصورة تلقائية فيكون هناك تعاصر بين الإيجاب والقبول عندما يكون كل المتعاقدين على اتصال مباشر بينهم، كما هو الشأن في التعاقد عبر البريد الإلكتروني أو غرف المحادثة أو المشاهدة، ففي هذه الحالة فإن عنصر الزمن يتلاشى مما يصعب معه اعتبار التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين[6].

الرأي الثاني: يعتبر أصحاب هذا الرأي أن تعاقد الأطراف عبر شبكة الانترنت هو تعاقد بين حاضرين وذلك لأن الاتصال بين الطرفين يكون اتصال مباشر كما هو الحال في الاتصال بالهاتف، كما أن عدم تواجد الأطراف المتعاقدة في نفس المكان لا يعني بالضرورة أن التعاقد يكون بين غائبين، وإنما العبرة بإمكانية وصول القبول إلى علم من وجه إليه فور صدوره لا في وجودهما في المكان نفسه، ولذا يكون مجلس العقد حكميا وليس حقيقا وتطبق عليه قواعد التعاقد بين حاضرين[7].

وحجتهم في ذلك، أن أطراف التعاقد الإلكتروني يكونون على اتصال دائم عبر شبكة الانترنت، فقد يتم التعاقد بينهم عن طريق الكتابة كما هو الحال بالنسبة لبرنامج **FREE Tell** ، وقد يكون بالصوت مثلما هو الأمر بالنسبة لبرنامج **Fox Wire**، وقد يكون بالصوت والصورة والكتابة إذا كان الجهاز مزودا بكاميرا وميكروفون كما هو الشأن في برنامج **MultiMedia** الأمر الذي يتحقق به الحضور في مجلس العقد الإلكتروني، ويكون تبعا لذلك تعاقد بين حاضرين حتى ولو كان الحضور اعتباريا[8].

---

[1]- عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 152.

[2] - Bensoussan (A) et cousin (A), De la tradition, de la modernité et de la coutume sur internet, GAZ. pal, juin 2000, p 68.

[3]- بشار طلال أحمد المومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر 2002-2003، ص 82.

[4]- ممدوح خالد إبراهيم، العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة، مصر 2007، ص 287.

[5]- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2001، ص 299.

[6]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 288.

[7]- عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر 2011، ص 246.

[8]- محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفون، مجلة الحقوق، العدد 1، سنة 1999، ص 29.

ولقد انتقد هذا الاتجاه بتجاهله حقيقة هامة مفادها أن التعاقد الإلكتروني قد لا يتم أنيا أي يكون هناك عدم التعاصر بين الإيجاب والقبول، كما هو الشأن في القبول عن طريق البريد الإلكتروني فقد لا يتحقق الاتصال في ذات اللحظة (لحظيا) نظرا لأن جهاز الموجب قد يكون مغلقا وقت بث رسالة القابل، أو يكون هناك عطل في الشبكة تعرقل وصول القبول في تلك اللحظة فيحول ذلك دون الاتصال اللحظي[1].

الرأي الثالث: يعتبر هذا الرأي التعاقد عبر الانترنت تعاقد بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا، ويتخذ هذا الاتجاه حلا وسطا بين الاتجاهين السابقين. ويذهب أصحابه إلى أن التعاقد عبر شبكة الانترنت هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان، ويشرحون رأيهم بالقول أنه تعاقد بين حاضرين لانعدام الفاصل الزمني ويعتبر تعاقدا بين غائبين من حيث المكان لعدم وجود أطراف العلاقة العقدية في مكان واحد، سواء داخل إقليم دولة واحدة أو خارجها كما هو الحال في المراسلة التقليدية عبر البريد[2].

فالاتصال بين الطرفين عبر شبكة الانترنت هو في الأصل اتصال مباشر مثله مثل التعاقد عبر الهاتف إذ يتشبهان من ناحية العلم الفوري، حيث بمجرد إرسال القبول عبر الانترنت فإنه يصل في نفس اللحظة عبر الشبكة إلى جهاز المستقبل[3] مما يسمح بالتفاعل بين الطرفين يضمهما مجلس عقد واحد حكمي وافتراضي، وعلى هذا الأساس يأخذ حكم التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان[4].

كما يتميز التعاقد عبر الانترنت بطابع خاص، هو الطابع المكاني إذ توجد نطاقات مكانية متباعدة بين المتعاقدين تجعل كليهما بعيدا عن الآخر، الأمر الذي أدى إلى تصنيف هذا العقد ضمن طائفة العقود التي تتم عن بعد أو عقود المسافات. إذن فالتعاقد هنا يتم بين غائبين من حيث المكان[5].

غير أنه هناك من رأى أنه يتعذر تجزئة مجلس العقد إلى تعاقد بين غائبين وبين حاضرين، فمجلس العقد هو وحدة زمانية ومكانية إذ يتطلب وحدة المكان كما يتطلب استمرارية زمنية متصلة[6]. وعلى هذا الأساس هناك من رأى أن التعاقد عبر الانترنت هو تعاقد بين غائبين من نوع خاص، إذ لا يمكن إعطاء وصف التعاقد بين حاضرين لهذا العقد، فإذا كان أطراف التعاقد الكلاسيكي يتبادلون التعبير عن الإرادة من خلال الوسائل المادية، كالخطابات التي تستغرق فترة زمنية بين إرسال الموافقة أو القبول وعلم الموجب به، فإن التعاقد الإلكتروني يكون من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية عبر شبكة الانترنت التي تحقق لأطراف التعاقد الإلكتروني الاتصال المباشر وإن غاب التقاءهم المادي الملموس إلا أنه هناك نوع من الالتقاء الافتراضي المتزامن.

كما لا يطبق أيضا على التعاقد الالكتروني وصف التعاقد بين غائبين لأن هذا الأخير يقوم على فكرة تفاوت المسافات والزمن معا، في حين أن هذا التفاوت الزمني غير موجود بالنسبة للتعاقد الإلكتروني حيث يكون أطراف العقد على اتصال في وقت واحد[7].

لذا لا يمكن تعميم وصف واحد على التعاقد عبر الانترنت بل يتعين البحث فيما إذا كان تعاقدا بين حاضرين أم غائبين، فشبكة الانترنت هي عالم افتراضي رقمي يوفر كل الوسائل المتطورة والممكنة في العالم الواقعي، كما أنها تحقق أيضا تمايزا بين الوسائل المتاحة عبرها باختلاف نوعية الاتصال وجديته. ولشبكة الانترنت عدة استخدامات مختلفة، ولهذا ينبغي أن نفرق بين هذه الاستخدامات لتحديد طبيعة مجلس العقد في التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت على النحو التالي:

---

[1]- طارق كاظم عجيل، مجلس العقد الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية، العراق، 2009، ص308.

[2]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة 2004-2005، ص 154.

[3]- أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الإلكترونية، دراسة في القوانين النموذجية، دار الكتب المصرية، مصر 2008، ص 93.

[4]- ممدوح خيري هاشم المسلمي، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الانترنت في القانون المدني، دار النهضة العربية، مصر 2000، ص 19.

[5]- عاطف عبد الحميد حسن، وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2008، ص 48.

[6]- بشار طلال أحمد المومني، المرجع السابق، ص 82.

[7] - BENSOUSSAN (A) , opcit, p 63.

- التعاقد عبر البريد الإلكتروني E-MAIL

يجب التمييز بين حالتين، حالة وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، ففي هذه الحالة يكون التعاقد بين غائبين زمانا ومكانا ويبتدئ مجلس العقد في هذه الحالة من لحظة إطلاع القابل الإلكتروني على الرسالة الموجهة من الموجب الإلكتروني والمتضمنة لعرض السلعة أو الخدمة، وتستمر إلى انتهاء المدة المحددة إن وجدت، وفي حال عدم تحديدها (المدة) يرجع للأعراف التجارية[1] أما إذا التقى الإيجاب بالقبول في نفس اللحظة (الوقت) كالتعاقد بالهاتف أين يتحقق التزامن بين الإيجاب والقبول فهنا نطبق أحكام التعاقد بين حاضرين زمانا.

- التعاقد عبر شبكة المواقع WEB

إذا دخل الشخص إلى أحد المواقع على الشبكة وأرسل إيجابه وانتظر فترة من الزمن لتلقي القبول، فنكون أمام تعاقد بين غائبين. وإذا تلقى هذا الشخص الإيجاب فورا فنكون في هذه الحالة أمام تعاقد بين حاضرين[2] ولا تخرج هذه الصورة عن صورة التراسل الإلكتروني كثيرا، فهي تعتمد أيضا على وسيلة الاتصال عبر الأجهزة الإلكترونية، ولا تقل فيها مخاطر انقطاع البث أثناء التعامل أو الخلل الطارئ في جهاز أي من الطرفين[3]، ويبدأ مجلس العقد في هذه الحالة من لحظة دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع ويستمر حتى خروج القابل الإلكتروني من الموقع.

- التعاقد عبر المحادثة والمشاهدة المباشرة CHAT

حيث يستطيع أطراف التعاقد من خلال برامج الاتصال المسموع مع إضافات تقنية الكاميرات الرقمية من تزامن الصوت والصورة، وهنا ومع إمكانية انقطاع البث أو الخلل في أحد الأجهزة نكون أمام مجلس عقد بين حاضرين وذلك لإمكانية تبادل الإيجاب والقبول عبر المحادثة والمشاهدة المباشرة، وبذا يتم تطبيق أحكام التعاقد بين حاضرين زمانا[4].

وعليه يتضح مما سبق أن التعاقد الذي يتم عبر الانترنت، هو تعاقد بين غائبين لكن ذو طبيعة خاصة وهذا راجع لانعدام الفارق الزمني الملموس بين صدور الإيجاب وبين تلقي القبول، نظرا لما تحققه شبكة الانترنت من اتصال مباشر وتفاعل فوري متعاصر بين الطرفين بالرغم من أنهما غير مجتمعين في مجلس عقد واحد.

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من مسألة تكييف طبيعة التعاقد الإلكتروني فقد تضمنته المادة 6 الفقرة 2 من قانون التجارة الإلكترونية، واعتر أنه عقدا يتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه ومن هنا يتضح أن المشرع الجزائري كيف طبيعة العقد الإلكتروني بأنه تعاقد بين غائبين مكانا وحاضرين زمانا.

3- أهمية معرفة توقيت إبرام العقد الإلكتروني

إن تطابق الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين مع القبول الذي يصدره المتعاقد الآخر يؤدي إلى إبرام العقد، غير أنه قد يكون هناك فترة زمنية تفصل بين الإيجاب والقبول والعقود الإلكترونية تعد من العقود التي تبرم عن بعد، حيث لا يكون هناك تواجد مادي معاصر لطرفي العقد في مكان واحد مما يثير صعوبة في تحديد الفترة الزمنية التي ينعقد فيها العقد.

---

[1]- طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص 304.
[2]- منالي فراح، المرجع السابق، ص 100.
[3]- عمر خالد زريقات، مرجع السابق، ص 156.
[4]- عمر خالد زريقات، نفس مرجع، ص 156.

تقتضي القواعد العامة، المتضمنة في المادة 61 من القانون المدني الجزائري، أن ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك. ولكن معرفة توقيت إبرام العقد الإلكتروني بحكم أنه تعاقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، فقد كان محل خلاف بين الفقه الذي تبنى عدة نظريات يحدد بموجبها وقت انعقاد العقد بين غائبين، ومن ثم تحديد مكانه، وتستند هذه النظريات إلى لحظة اقتران القبول بالإيجاب، ولكن اختلفت فيما إذا كانت هذه اللحظة هي إعلان صدور القبول، أم تصدير القبول أم تسليم القبول أم العلم به.

1- نظرية إعلان القبول Le Système de déclaration

يرى أنصار هذه النظرية بأن العقد يتم بمجرد إعلان القبول وقبل أن يصل إلى علم الموجب وفي هذه اللحظة يقترن الإيجاب بالقبول. فاللحظة التي يعلن فيها القابل عن قبوله على شبكة الانترنت تكون بنقر القابل على الأيقونة المخصصة لذلك على الشاشة **accepte/ok** وذلك بتحرير رسالة البيانات وإرسالها عبر الوسائل الإلكترونية سواء كانت بريدا إلكترونيا أو اتصالا مباشرا على الموقع الخاص بالقبول أو بأية وسيلة إلكترونية أخرى، حيث تتضمن هذه الرسالة قبولا مطابقا للإيجاب الموجه للقابل تطابقا تاما، وبتمام تحرير القبول فإن هذه اللحظة هي لحظة انعقاد العقد[1].

ويؤخذ على هذه النظرية صعوبة إثبات وقت الإعلان عن القبول، فالإعلان أمر يختص به القابل وحده، بالإضافة إلى تجاهل إرادة الموجب وحقه في العدول عن إيجابه إذا لم يكن محدد المدة[2].

2- نظرية تصدير القبول Le Système de l'expédition

حاولت هذه النظرية تجنب الانتقاد الموجه للنظرية السابقة، بأن تجعل القابل هو المهيمن على القبول[3]. فالعقد يعتبر قد تم في لحظة خروج الرسالة الإلكترونية المحتوية على القبول ودخولها في سيطرة الوسيط الإلكتروني (مقدم الخدمة)، وهذا لا يشترط وصول الرسالة إلى صندوق البريد الإلكتروني الموجود في موقع الموجب على الشبكة[4].

ويؤخذ على هذه النظرية عدم إمكانية استرداد القبول بعد إرساله، فالرسالة الإلكترونية ملك للمرسل حتى يتسلمها المرسل إليه. وتصدير القبول لا يعني تسلم القبول حتما لوجود احتمال حدوث خلل في جهاز المرسل أو لدى مقدم خدمة الانترنت أو حتى انقطاع البث على شبكة الانترنت، مما يمكن معه مساءلة الموجب عن عدم وفائه بالالتزام العقدي الذي لا علاقة له به، كون هذا الأمر خارج عن إرادته، لأنه لم يستلم القبول لحدوث الخلل في نظام معالجة البيانات أو إرسال الرسائل الإلكترونية، وهو ما أدى إلى ظهور النظرية الثالثة[5].

3- نظرية تسلم القبول Le Système de réception

ويطلق على هذه النظرية أيضا وصول القبول، فالقبول وفق هذه النظرية هو تعبير عن إرادة الطرف القابل يجب أن يتسلمه الموجب فلا يكفي إعلان القبول ولا تصديره، بل يجب وصول القبول إلى الموجب، هذه هي اللحظة التي يتم فيها العقد[6].

---

[1]- سكر سليمة، عقد البيع عن طريق الانترنت ومدى حجية الإثبات الإلكتروني، رسالة ماجستير، بن عكنون، الجزائر 2010-2011، ص 55.
[2]- أحمد رحيم أملاج، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر 2006، ص178.
[3]- مدالي فراح، المرجع السابق، ص 101.
[4]- أحمد رحيم أملاج، مرجع سابق، ص180.
[5]- محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 71.
[6]- عباس العبودي، المرجع السابق، ص 160.

وتطبيقا لهذه النظرية فإن العقد ينعقد عندما يكتب القابل رسالة بريد إلكتروني تتضمن قبوله وبالضغط على زر الإرسال وبوصولها إلى المرسل إليه (الموجب)، وهذا بغض النظر عما إذا كان الموجب قد قرأ الرسالة المتضمنة القبول أم لا، وفي حال فقده الرسالة الإلكترونية أو تأخره في الاطلاع على الرسالة عليها يعتبر مسؤولا عن إهماله أو تقصيره.

غير أنه يؤخذ على هذه النظرية بأن وصول القبول إلى الموجب لم يضف شيئا على النظريات السابقة ما دام الموجب لم يعلم بعد بالقبول[1].

4- نظرية العلم بالقبول Le système de connaissance de l'acceptation

وهو المذهب الراجح، وجاء هذا المذهب نتيجة للانتقادات الموجهة للنظريات السابقة، ويقوم أساس أن العقد ينعقد في وقت علم الموجب بالقبول، فالتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من وقت علم المتعاقد الأخر به، ووصول القبول حسب هذا الرأي قرينة على العلم به لكنها قرينة تقبل إثبات العكس[2].

غير أن الأخذ بهذه النظرية على إطلاقها يجعل القابل تحت رحمة الموجب كون أن مسألة علم هذا الأخير بالقبول أمر متعلق به يصعب إثبات علمه بالقبول عمليا، إذ يمكن للموجب أن يدعي عدم علمه بالقبول أو وصول القبول متأخرا. لذلك يقع عبء إثبات وصول القبول على القابل ويعتبر وصول القبول قرينة على العلم به، غير أنها قرينة قابلة لإثبات العكس.

5- نظرية تأكيد وصول القبول Le Système de confirmation de l'acceptation

ظهرت هذه النظرية في بيئة التجارة الإلكترونية لتنظيم مسألة التعاقد الإلكتروني، وبمقتضى هذه النظرية فإن لحظة إبرام العقد الإلكتروني هي لحظة تأكيد القبول من قبل من وجه إليه الإيجاب، وتجريد تأكيد القبول عن القبول بحد ذاته يجعل هذه النظرية عديمة الأثر. هذه النظرية تجنب المتعاقدين الكثير من الإشكالات الفنية والقانونية لأنه قد يخطأ من وجه له الإيجاب في قراءة ثمن المبيع وأوصافه أو في التعبير عن إرادته سلبا أو إيجابا هذا من جهة، ومن جهة أخرى تأكيد وصول القبول يجنبنا مشكلة ما قد يحدث من خلل أو عطل في نظام المعلومات الخاص بالموجب، ويجنبنا كذلك البحث في إهمال الموجب في حالة علمه لعدم فتحه بريده الإلكتروني[3].

وتتفق نظرية تأكيد وصول القبول مع نظرية العلم بالقبول في عدم اشتراطهما ضرورة علم الموجب بالقبول، ولكنهما يختلفان في نقطة جوهرية مفادها أن نظرية علم الموجب بالقبول لا تسمح للقابل بعد تصديره لقبوله أن يراجع القبول، بينما في نطاق تأكيد وصول القبول فإن القبول لا ينتج أثره سواء علم الموجب به أو لم يعلم به إلا بعد أن يبعث القابل برسالة إلكترونية تؤكد هذا القبول ومن تاريخ إرسال الرسالة ينعقد العقد الإلكتروني[4].

قد أخذ المشرع الأمريكي بنظرية تأكيد وصول القبول بموجب المادة 201 جاء فيها: يقع التزاما على عاتق البائع بأن يقوم بإرسال تأكيد للمشتري بتمام إبرام العقد، وذلك خلال مدة عشر أيام على الأكثر من تاريخ إرسال القابل لقبوله[5]. ونصت المادة 1369-5 فقرة 3 من قانون المدني الفرنسي، على أنه: "يعد كل من الطلب والعرض والإشعار بالاستلام قد تم استلامهم عندما يتمكن الأطراف من الإطلاع عليهما إعمالا بنظرية استلام القبول المؤكد".

---

[1]- محمد سعيد رشدي، المرجع السابق، ص36.
[2]- محمد سعيد رشدي، المرجع السابق، ص 36.
[3]- طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص 335-336.
[4]- طارق كاظم عجيل، نفس المرجع، ص 337.
[5]- طارق كاظم عجيل، نفس المرجع، ص184.

وقد أحاط المشرع الفرنسي هذا الاستلام بشروط شكلية إلكترونية هي: تأكيد استلام الوثيقة التي تثبته، بمعنى تأكيد استلام القبول من قبل الموجب، وإمكانية الإطلاع على الوثيقة التي تحمل العقد من قبل الأطراف المتعاقدة، عندئذ يمكننا القول أن الاستلام قد تحقق[1].

بما أن المشرع الجزائري لم يعالج مسألة تحديد لحظة انعقاد العقد في قانون التجارة الإلكترونية، لذلك لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة التي تضمنها القانون المدني. وعند الرجوع إلى هذا الأخير، نجد أن المشرع الجزائري بالنسبة لمسألة تحديد لحظة انعقاد العقد أخذ في المادة 67 بنظرية العلم بالقبول. وتطبيقا لهذه النظرية يمكن القول بأن العقد الإلكتروني ينعقد في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول، مع الإشارة أن هذه القاعدة من ضمن القواعد المكملة بحيث يمكن للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها كأن يتفقا أن العقد يتم وقت إعلان القبول.

ثانيا: أهمية تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني

إن مكان تلاقي الإرادة في العقد الإلكتروني يثير إشكالا يتعلق في الأصل بصعوبة تحديد المكان الذي أرسلت منه الرسائل الإلكترونية ومكان استلامها، ذلك أن كليهما يتم في فضاء خارجي صعب التحديد[2]. وبناءا عليه لابد من التطرق إلى دراسة مكان تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني من خلال التطرق إلى أهم النظريات التي عالجت هذه المسألة (أ). ثم نتعرض للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية (ب).

أ- مكان تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني

برزت نظريتين لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني وهما نظرية التلازم (أ/1) ونظرية عدم التلازم بين زمان ومكان تلاقي الإرادتين في العقد الإلكتروني (أ/2).

أ/1- نظرية التلازم بين زمان ومكان تلاقي الإرادتين في العقد الإلكتروني

تبنت العديد من التشريعات فكرة التلازم بين الزمان والمكان في انعقاد العقد الإلكتروني، وعليه فإن النظرية المحددة لزمان انعقاد العقد حسب تشريع دولة ما هي نفسها النظرية المطبقة على مكان الانعقاد، فإن تبنت الدولة نظرية تصدير القبول مثلا فإن مكان انعقاد العقد هو الأخر مكان تصدير القبول، أما إذا أخذت بنظرية العلم بالقبول فإن مكان الانعقاد هو مكان العلم بالقبول[3].

غير أن هذه النظرية قد تم انتقادها على أساس صعوبة الأخذ بها في البيئة الإلكترونية، بحيث أن الطرف المتعاقد يمكنه الدخول إلى الموقع الإلكتروني الخاص به في أي دولة من العالم، وبالتالي فإن الأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى تداخل بين القوانين ويؤدي إلى خضوع الأطراف العلاقة العقدية إلى قانون دولة غير الدولة التي ينتمون إليها[4].

أ/2- نظرية عدم التلازم بين زمان ومكان تلاقي الإرادتين في العقد الإلكتروني

يرى الأستاذان مالوري وشيفاليه بأن مكان انعقاد العقد ليس هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول كما جاء في نظرية العلم بالقبول، بل توصل الأستاذ مالوري إلى أن أحكام القضاء الفرنسي استقرت على الأخذ بنظرية تصدير القبول والتي تقضي بأن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يصدر فيه القبول، ويبرر استنتاجه هذا على أساس أنه لا يجوز إجبار المتعاقد الذي لم يصدر عنه الإيجاب على التقاضي بعيدا عن محل إقامته، بل أن الذي يجب أن يقاضى بعيدا عن محل إقامته هو من صدرت عنه المبادرة التعاقدية، وفي نفس الاتجاه يرى الأستاذ شيفاليه بأن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يصدر فيه القبول[5].

وفي ضوء ذلك ينعقد العقد الإلكتروني عبر شبكة الانترنت في المكان الذي يصدر فيه القبول الإلكتروني، فإذا استخدم القابل رسالة البيانات للتعبير عن قبوله، فهنا ينعقد العقد في المكان الذي أرسلت منه الرسالة المتضمنة للقبول وهو مكان القابل[6].

---

[1]- حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 109-110.

[2]- زياد خليف شداح العزي، المشكلات القانونية لعقود التجارة الإلكترونية من حيث الاثبات وتحديد زمان ومكان العقد، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2010، ص 148-149.

[3]- شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر 2000، ص 211.

[4]- بولعسالي زكية، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر2012-2013، ص 90-91.

[5]- أحمد أمليج رحيم، المرجع السابق، ص 201-202.

[6]- أحمد رحيم أمليج، نفس المرجع، ص 202.

على الرغم من أن معظم قوانين المعاملات والتجارة الإلكترونية لا تتضمن أحكاما وقواعد خاصة بتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني بذاته، لكنها وضعت قواعد خاصة بتحديد مكان إرسال واستلام رسالة البيانات باعتبارها وسيلة معترفا بها قانونا للتعبير عن الإيجاب والقبول كما سبق ذكر ذلك، ولذلك وضع القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية مكان إبرام عقد التجارة الإلكترونية في المادة 15-4 حيث قرر: "أن مكان إرسال الرسالة الإلكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، وأن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك.

وإذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، فإن مقر العمل هو المكان الذي يكون له أكثر صلة بالمعاملة المعينة، أو مقر العمل الرئيسي، أما إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل اعتبر محل الإقامة المعتادة هو مقر عمل كل منهما".

وتبنت التشريعات العربية للتجارة الإلكترونية نفس الاتجاه فجاء قانون المعاملات الأردني رقم 85 لسنة 2001 في المادة 18 متطابقا تماما مع القانون النموذجي، بينما قانون البحرين قد أضاف فقرة خاصة بالشخص الاعتباري فنصت المادة 15-3 منه على أن:"يعتبر مقر إقامة الشخص الاعتباري، هو المكان الذي أسس فيه".

كذلك اتجه قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي إلى إضافة فقرة تتعلق بالشخص الاعتباري، فنصت المادة 17-5 منه على أن: "مقر الإقامة فيما يتعلق بالشخص الاعتباري، يعني مقره الرئيسي أو المقر الذي تأسس فيه".

واعتمدت التشريعات الأمريكية للتجارة الإلكترونية على قواعد أساسية لتحديد مكان إرسال واستلام السجل الإلكتروني، ومن هذه القواعد التركيز على مقر عمل المستلم وليس الموقع المادي لنظام معالجة المعلومات الذي يمكن أن لا يكون له أية صلة أو علاقة بالصفقة التجارية بين الأطراف، حيث أنه قد يتم الاتصال من دولة إلى أخرى بدون معرفة موقع أنظمة المعلومات التي تتم من خلالها عملية الاتصال، بالإضافة إلى ذلك، فإن موقع أنظمة المعلومات المسؤولة عن إرسال واستلام الاتصالات والرسائل الإلكترونية يمكن أن تتغير بدون أن يكون الأطراف مدركين لهذا التغيير. يتبين لنا من خلال ما سبق أن هذه التشريعات ميزت بين المكان المحدد لانعقاد العقد أو مكان إرسال واستلام الرسائل الإلكترونية، والمكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، نظرا لاختلاف الوسائط التي تتم من خلالها التجارة الإلكترونية. أما في التشريع الجزائري فبالرجوع إلى نص المادة 67 من القانون المدني السابقة الذكر يتضح أن المشرع وضع قاعدة عامة تفيد بأن مكان إبرام العقد الذي يبرم بين غائبين هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك أو نص القانون على غير ذلك. وبالتالي لا يوجد هناك استثناء بخصوص تحديد مكان عقود التجارة الإلكترونية في قانون التجارة الإلكترونية الجزائري.

ب- تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

من الطبيعي أن تنشأ إشكالات ومنازعات قانونية لم تكن معروفة سابقا تتعلق بانعقاد العقد الإلكتروني أو إثباته أو تنفيذه أو تفسيره وغيرها من المنازعات التي تترتب عنه وذلك نظرا لطبيعة بيئة الانترنت الافتراضية الغير ملموسة والتي لا تعرف حدودا جغرافية معينة. ومن هنا تثور إشكالية معرفة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة عبر الانترنت التي لا تتمركز في إقليم دولة معينة، فهو بحكم طبيعته حتما عقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس تعاقدي واحد من حيث المكان. وإذا كانت قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص تسعى إلى تمركز العلاقة القانونية في إقليم دولة معينة وبالتالي إخضاع هذه العلاقة إلى أحكام قانون تلك الدولة فمن الصعب تطبيق ذلك على العقد الإلكتروني، والسبب الرئيسي يعود إلى أن قواعد الإسناد التقليدية ترتكز على الحدود الجغرافية وهذا غير ممكن في عالم الانترنت لأنه لا يعرف حدودا أو جغرافيا معينة.

وفي غياب ضوابط إسناد خاصة بخصوص القانون الواجب التطبيق تتعلق بتلك بمعاملات التجارة الإلكترونية وخضوعها لقانون إرادة المتعاقدين، ترتب عن ذلك وجود صعوبات قانونية ترجع أساسا إلى طبيعة شبكات الاتصال الإلكترونية التي يجري من خلالها إنجاز التعامل من جهة، وإلى طبيعة المعايير التقليدية لفض تنازع القانون في مجال العقود الدولية من حيث كونها ضوابط مادية ترتكز على روابط مكانية أو جغرافية كما سبق القول لا تستجيب لطبيعة المعاملات التي تجري من خلال الشبكات الإلكترونية التي تقوم على معطيات افتراضية أو غير مادية من جهة ثانية، ونتيجة لذلك سنتناول العقبات القانونية التي تحول دون تطبيق مناهج قاعدة التنازع على عقود التجارة الإلكترونية سواء التي تتعلق بالاختيار الصريح لقانون العقد (الإسناد الشخصي) (ب/1) أو التي تتعلق بالاختيار الضمني لقانون العقد (الإسناد الموضوعي) (ب/2) وصولا للمناهج الحديثة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية (ب/3).

ب/1- الصعوبات التي تواجه القانون المختار باتفاق الأطراف

إن القاعدة العامة في قانون الأونسترال الخاصة بعقود التجارة الإلكترونية هي تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف وهذا ما أكدته المادة 15 في الفقرة الأولى: "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك ....."[1].

ويتفق الأطراف المتعاقدة إلكترونيا على القانون الذي ينظم العقد من خلال تبادل الرسائل عبر البريد الإلكتروني، إذا تم التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني أو عبر صفحات شاشة الاستقبال والذي يستمد قوته من قواعد الإسناد الوطنية التي تعطي للأطراف الحق في الاتفاق على قانون معين ليحكم العقد وهذا في رأي البعض يؤدي حتما إلى الحد من الخلافات التي من الممكن أن تواجه طرفي العقد في المستقبل. غير أنه عند التدقيق في مجال التجارة الإلكترونية يتضح يقينا عدم التسليم الكامل بهذه القاعدة، فالواقع يشهد وجود تلك الصعوبات أثناء التطبيق، ويتعلق الأمر بما يلي:

1- صعوبة التحقق من توافق الإرادتين في الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني:

إن الحقيقة الغالبة في عقود التجارة الإلكترونية هي غياب التواجد المادي لطرفي العقد وقت إبرامه، ويستتبع ذلك أن التحقق من هوية وشخصية المتعاقدين في ظل المعاملات الإلكترونية ليس بالأمر السهل، لأن ما هو معروف أن شبكة الانترنت تتيح استعمال أي هوية يختارها المستخدم، حيث نجد معظم المواقع الإلكترونية تمنح استعمال بيانات تحدد الهوية الإلكترونية موضوعة مسبقا من قبلها، وغالبا يقوم مستخدم الشبكة باختيار بيانات خاطئة متعلقة بهويته، من ذلك يختار اسم غير حقيقي، وبلد غير البلد الموجود فيه، وعنوان وهمي، بالإضافة إلى بيانات أخرى غير معروفة في الهوية الحقيقية[2].

وإذا كان المتعاقدين من خلال وسائل الاتصال التقليدية كالفاكس، أو التلكس، أو التلفون يعرفون مقدما الدولة التي يتصلون بها، فإن المتعاملين عبر الانترنت يفتقرون إلى ذلك التحديد، لأن العنوان الإلكتروني الذي يتعاقدون من خلاله قد لا يكون مرتبطا ببلد معين كما هو الشأن في العناوين الإلكترونية التي يشار إليها في المقطع الأخير منها ب (com.) أو (org.)، وبهذا يصعب مراقبة العناوين الإلكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتحقق من هوية الطرف الأخر وتزداد الصعوبة أكثر حين يتم التعبير عن تلك الإرادة دون تدخل إنساني مباشر عن طريق أجهزة و وساطة إلكترونية لا تملك إرادة أصلا، وبصفة خاصة عندما يقوم الحاسوب المبرمج ببث رسائل مشوبة بأخطاء بشكل يستحيل توقعه من جانب الشخص الذي يستعمل الحاسوب لحسابه، مما يثير التساؤل عن الآثار القانونية المترتبة عن الخطأ في التعاقد الإلكتروني وعما إذا كان يتحملها الحاسوب أم الشخص الذي يستعمل للحاسوب لصالحه.

---

[1]- سكر سليمة، المرجع السابق، ص 60-61.
[2]- حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 33.

من ناحية أخرى تتضح صعوبة التحقق من إرادة التعاقد كذلك حين تصدر تلك الإرادة من شخص ليس له صلاحية التصرف نيابة عن المتعاقد الأصلي، أو إذا تم التلاعب في مضمون الرسالة الإلكترونية، أو تم التغيير في محتواها. ففي هذه الحالات وغيرها تطرح عدة أسئلة بشأن كيفية التحقق من أن الإرادة صادرة عن صاحبها، خاصة إذا علمنا أن الشبكة معرضة للاختراق والتدخل من الغير، وعن القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن. وفي هذا الصدد استنجد القانون بالتكنولوجيا التي ابتكرت التوقيع الإلكتروني والذي اعتمدته معظم التشريعات كطريقة تضمن هوية الأطراف المتعاقدة عبر شبكة الإنترنت[1]، مع ضمان الصلة بين الموقع وصاحب المعاملة، حيث أصبحت مسألة الإفصاح عن الهوية وتحديدها من قبل المتعاقدين من أبرز ما أستحدثه قواعد التشريع في مجال التعاقد الإلكتروني، فأضحى أمرا ضروريا للتعرف على كل البيانات الخاصة بالهوية بما في ذلك الأهلية. ويعد التوقيع الإلكتروني من أبرز وسائل تحديد الهوية الإلكترونية، إضافة إلى الوسيط الضامن وهو طرف محايد في العلاقة التعاقدية يطلق عليه مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني تسند له مهام أهمها تسليم شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة تتضمن اسم الموقع أو الاسم المستعار الذي سيسمح بتحديد هويته[2]، كما تقوم هذه الجهة بإصدار المفتاح الخاص الذي يتم بمقتضاه تشفير المعاملات الإلكترونية، والمفتاح العام الذي يتم بوساطته فك التشفير.

2- صعوبة إثبات اتفاق الأطراف على اختيار قانون معين يحكم العقد الإلكتروني

تعد قواعد الإثبات من أهم القواعد القانونية المنظمة للحقوق والالتزامات بوجه عام والتصرفات القانونية التي تتم من خلال شبكة الاتصالات الإلكترونية بوجه خاص، لأن الحق الذي ينكره الخصم ولا يستطيع صاحبه أن يقيم الدليل على وجوده يكون عديم القيمة.

لذلك تتضح أهمية الإثبات في مجال التصرفات القانونية بوجه عام، وتبدو أهميته أكثر في مجال المعاملات الإلكترونية، لاسيما في ظل غياب الدعامة المادية الخطية، والشهود. فالتعاقد عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية يتم عن طريق وسائل معلوماتية في صورة بيانات تظهر على شاشات الحواسيب الآلية، ويتم تبادل الرضا بين المرسل والمستقبل، ويتحدد موضوع المعاملة وكيفية تنفيذها، دون دعامة مادية مكتوبة ودون حضور شهود، وهذه الخصوصية أدت إلى وجود عقبات حقيقية تتعلق بقواعد الإثبات التقليدية حال تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية[3]، بالإضافة إلى تباين التشريعات الوطنية في تنظيم أدلة الإثبات من جهة ومن جهة أخرى تبنيها مناهج مختلفة في قبول الأدلة الإلكترونية.

وقد أثبتت الدراسات التي أجرتها لجنة الاتحادات الأوروبية في إطار برنامج نظم التبادل الإلكتروني للبيانات التجارية والمعنية بالقواعد القانونية لقبول أدلة الإثبات تباين النظم القانونية في تقدير أدلة الإثبات، فهناك نظم قانونية تتبنى قواعد إثبات مرنة نسبيا، بمعنى أنها لا تضع طرقا محددة للإثبات تقيد بها القاضي أو الخصوم بل تترك للأطراف حرية تقدير الأدلة التي تقنع القاضي وتطلق للقاضي الحرية المطلقة في تكوين اقتناعه. وهناك نظم قانونية أخرى تعتمد منهجا صارما وتضع طرقا محددة للإثبات لا يستطيع القاضي أو أطرف العقد الحياد عنها. وانتهت اللجنة، السابقة، في تقريرها إلى أن القواعد التقليدية المعنية بالإثبات تشكل عقبة حقيقية تعترض تطوير تبادل البيانات إلكترونيا[4]. كما خلصت التحقيقات التي أجرتها أمانة الأونسيترال إلى نفس النتيجة، وأقرت بوجود مشاكل يثيرها استخدام البيانات المخزنة في الحواسيب الآلية كدليل إثبات في المنازعات. ونتيجة لذلك أوصت اللجنة الحكومات بإعادة النظر في القواعد القانونية التي تعوق استخدام السجلات الإلكترونية كأدلة في الدعاوى القضائية بغية تفادي ما يحول دون قبولها من عقبات لا مبرر لها، والتأكد من أن هذه القواعد تتفق والتطورات في مجال تكنولوجيا المعلوماتية، وتوفير الوسائل الملائمة لتمكين المحاكم من تقييم مصداقية البيانات الواردة في تلك السجلات.

---

[1]- المادة 2 فقرة 1 من القانون رقم 15-04، المؤرخ في 1 فبراير 2015، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج. ر العدد 6 لسنة 2015.

[2]- المادة 15 من قانون رقم 04/15، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

[3]- محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، بحث مقدم للمؤتمر العلمي حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية، المقيم بالإمارات العربية المتحدة في الفترة من 26- 28 أبريل 2003، المجلد الثاني، ص 363.

[4]- محسن عبد الحميد البيه، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر 1996/1997، ص 10- 16.

حتى يسمح المشرع الجزائري لأطراف النزاع باللجوء للسجلات الإلكترونية كدليل إثبات أمام القضاء، نصت المادة 25 من قانون التجارة الإلكترونية على أنه: "يجب على كل مورد إلكتروني حفظ سجلات التجارية المنجزة وتواريخها وإرسالها إلكترونيا إلى المركز الوطني للسجل التجاري..." وقد نظم المشرع الجزائري كيفيات حفظ السجلات بموجب المرسوم التنفيذي رقم 19-89 المؤرخ في 5 مارس سنة 2019، حيث نصت المادة 2 منه: "سجل المعاملات التجارية ملف إلكتروني يودع فيه المورد الإلكتروني عناصر المعاملة التجارية المنجزة الآتية:

- العقد، الفاتورة أو الوثيقة التي تقوم مقامها، كل وصل استلام، أثناء التسليم أو الاستعادة أو الاسترداد، حسب الحالة.

- يجب أن يتم تخزين العناصر المذكورة في الفقرة أعلاه، من قبل المورد الإلكتروني بطريقة تمكن من الولوج إليها وقراءتها وفهمها لتمكين الأعوان المؤهلين من تفحصها.

يجب أن يتم حفظ هذه العناصر من طرف المورد الإلكتروني في شكلها الأصلي، أو في شكل غير قابل للتعديل أو الإتلاف في محتواها."

3- عقبات أخرى ذات طبيعة تقنية تحول دون تطابق إرادة الأطراف بشأن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، من شأنها أن تفضي إلى:

حدوث عطل داخل الأجهزة يؤدي إلى ضياع البيانات المخزنة بداخلها، أو انتهاء فترة الصلاحية المقررة لتخزينها بحيث تحذف وتدمر أو تصبح غير مقروءة، مما يؤثر على استخدامها كوسيلة إثبات، علاوة على ذلك قد يكون من الصعب استرجاع تلك البيانات إذا تم تحميل البرنامج على الأجهزة بشكل غير سليم، أو إذا تم استخدام أجهزة غير مناسبة[1].

وهناك عقبة أخرى ترجع إلى صغر حجم شاشة الحاسوب الأمر الذي لا يسمح بظهور بنود العقد كاملة خاصة إذا كانت الوثيقة العقدية طويلة تحمل شروطا تفصيلية أو أن بنود العقد قد تمت كتابتها بحجم صغير غير مقروء على نحو يتسنى للمتعاقد الإطلاع عليها بشكل كافي[2].

وهناك تقنية أخرى أكثر تعقيدا، يتعلق الأمر بما يسمى اتفاقات نزع الغلاف **shrunt wrap agreement** وتنصب هذه العقود خاصة على برامج المعلوماتية أين يتم إدراج هذه الأخيرة في عبوة أو ما يسمى بحزمة البرنامج المعلوماتي، يتم تغليفها بواسطة غلاف بلاستيكي أو السيلوفان تتضمن العبوة إلى جانب محتوى البرنامج رخصة استخدام هذا الأخير، على أن هذه الرخصة قد لا تبدو للمتعاقد إلا بعد أداء المقابل وتحميل البرنامج حيث تظهر العبارة التالية: بمجرد نزع الغلاف فإنك وافقت على الشروط الواردة في الرخصة، فالمتعاقد لا يطلع على كافة شروط العقد من بينها شرط القانون الواجب التطبيق[3].

وأخيرا قد يتم التلاعب في مضمون السند الإلكتروني أو الإطلاع على البيانات التي يتضمنها بغرض استغلالها على نحو غير مشروع.

4- مدى جواز تطبيق قاعدة قانون الإرادة على عقود الاستهلاك الإلكترونية

باستقراء بعض نصوص التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، يلاحظ أن هناك تشريعات استبعدت تطبيق قانون الإرادة على منازعات العقود الاستهلاكية، وتشريعات أخرى وضعت قيودا على تطبيقه.

---

[1]- يهدف حفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا صدر المرسوم التنفيذي رقم 16-142، المؤرخ في 5 ماي 2016، المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، ج.ر العدد 28 لسنة 2016، نصت المادة الثالثة منه:"يجب أن يضمن حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا استرجاع هذه الوثيقة في شكلها الأصلي لاحقا، والتحقق من توقيعها الإلكتروني".

[2]- زوينة تكلين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011/2010، ص 8.

[3]- زوينة تكلين، نفس المرجع، ص 8.

فمن التشريعات التي استبعدت تطبيق قانون الإرادة على منازعات عقود الاستهلاك وأخضعتها لقانون موطن أو محل الإقامة العادية للمستهلك القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1982 بمقتضى المادة 117 الفقرة الأولى، التي نصت على أنه يسري على عقود الاستهلاك قانون دولة محل الإقامة العادية للمستهلك.

كذلك اتفاقية روما لسنة 1980 فبعد أن أكدت المادة الثالثة منها على خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة عادت "الفقرة الثانية" من مادتها الخامسة وقررت بأن اختيار المتعاقدين لقانون الإرادة لا يجوز أن يستتبعه حرمان المستهلك من الحماية التي تقررها له الأحكام الآمرة في قانون الدولة التي له فيها محل إقامة معتادة، إذا سبق إبرام العقد إعلان أو دعوة خاصة موجهة للمستهلك في دولة محل إقامته، واتخذ المستهلك في تلك الدولة كافة الخطوات الضرورية بهدف التوصل إلى إبرام العقد، أو إذا استلم الطرف الأخر أو ممثله طلب المستهلك في تلك الدولة.

ذهبت إلى الاتجاه نفسه، أيضا، التوصيات الأوربية لسنة 1997، عندما أوصت في المادة 12 منها بضرورة مراعاة حقوق المستهلكين بدول الإتحاد المنصوص عليها، كالحق في إرجاع المبيع عند عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق[1].

لكن هل يمكن تطبيق الفقرة الثانية من المادة الخامسة من اتفاقية روما في ميدان عقود الاستهلاك الإلكترونية؟

يرى بعض الفقهاء، أن المستهلك الإلكتروني لا يمكن أن يستفيد من الحماية التي تكفلها الفقرة الثانية من المادة الخامسة من اتفاقية روما، حيث أن ما تتطلبه هذه المادة من ضرورة قيام المورد بتوجيه إعلان أو دعوى خاصة تسبق إبرام العقد إلى المستهلك في دولة محل إقامته لا يمكن تصوره في العقود المبرمة من خلال شبكة الانترنت، ويرجع ذلك إلى أن شبكة الانترنت تتصل بكافة دول العالم، وبالتالي فإن أي إعلان يرسل من خلالها لا يكون موجها لشخص معين في دولة محددة، وإنما إلى جميع الأشخاص في كافة دول العالم، ومن هنا يكون من الصعب معرفة نية المورد في توجيه إعلانه إلى دولة المستهلك بالذات، أو إثبات حدوث الإعلان في دولة المستهلك من مجرد وصول المستهلك إلى الموقع المنشور عليه الإعلان من دولة محل إقامته.

كذلك فإن الشرط الذي يقتضي من المورد استلام طلب الشراء الموجه من قبل المستهلك في دولة محل إقامته لا يتوافر بالنسبة للعقود المبرمة من خلال شبكة الانترنت لأنه من النادر أن يوجد البريد الإلكتروني الخاص بالمورد في دولة محل إقامة المستهلك[2].

5- قانون الإرادة يسمح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون ليحكم عقود التجارة الإلكترونية

إن السماح للمتعاقدين بتجزئة العقد الدولي وإخضاعه لأكثر من قانون واحد، هو اتجاه يرتبط بفقه النظرية الشخصية التي تنزل أحكام القانون المختار منزلة الشروط التعاقدية على نحو يتيح للمتعاقدين اختيار عدة قوانين تطبق على عدة أجزاء من العقد، حتى ولو لم تكن هناك صلة بين هذا الجزء والقانون المختار لحكمه، وهو ما انتهى إليه أيضا فقه النظرية الموضوعية الذي منح المتعاقدين حرية تجزئة العقد و إخضاع كل جزء من أجزائه لقانون مختلف، مادامت هناك صلة بين هذا الجزء والقانون المختار لحكمه، فيصح أن يتفق المتعاقدين على إخضاع تكوين العقد لقانون محل إبرامه وإخضاع تنفيذه لقانون محل التنفيذ ...إلخ هذا ما يؤدي في رأي فقه قانون التجارة الإلكترونية الغالب إلى نتائج خطيرة كانت موجودة من قبل وزادت حدتها مع العقود الإلكترونية حيث يسمح بتطبيق أكثر من قانون على عقد واحد وهو ما يؤدي إلى تجزئة العقد.

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2014، ص 77-78.
[2]- أبو هشيمة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 132- 133.

في حين أن هذا الأخير يقتضي نوع من الانسجام لأنه قد ينظم العقد باتفاق الأطراف بقانون يقبل التوقيع الإلكتروني ويقر بصحة المعاملات التي تتم عبر شاشات الحواسيب الآلية وجزء أخر من العقد ينظم بقانون أخر لا يقبل مثل هذه التصرفات، خاصة أن هناك العديد من الدول مازالت لم تعترف بعد بالتعاقد الإلكتروني مما يقود إلى إبطال العقد في بعض الدول بالرغم من صحته في دول أخرى[1].

6- قانون الإرادة يطرح صعوبة أيضا بالنسبة للعقود النموذجية

قد صار من المألوف في التجارة الإلكترونية وجود عقود نموذجية يدرج فيها بند يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وهو ما درج الفقه على تسميته بشرط الاختصاص التشريعي، ويخضع كل عقد للقانون المنصوص عليه فيه دون اشتراط وجود أية صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد[2]، ومثال ذلك العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي وضعته غرفة التجارة والصناعة بباريس في 30 أفريل سنة 1998 ليحكم المعاملات التي تتم بين المهنيين والمستهلكين. حيث ينص هذا العقد في احد بنوده على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين أو موطنهم أو محل إبرام العقد أو محل التنفيذ.

إضافة إلى شرط القانون الواجب التطبيق قد يتضمن العقد النموذجي العديد من شروط نموذجية أخرى من ذلك على سبيل المثال تحديد عناصر الثمن، ونفقات التسليم والخصومات على الثمن إن وجدت ومدى إمكانية الوفاء بعملة أجنبية ....إلى أخره.

هذه العقود يرى البعض من الفقه الفرنسي أنها تعد من قبيل عقود الإذعان إذا كانت الشروط العامة للبيع مذكورة على موقع التاجر وبذلك تشكل حدا للحرية التعاقدية للموجب له سواء كان مهنيا أو مستهلكا، بحيث لا يكون للزائر أو المشتري إلا أن يقبلها أو لا ليتعاقد مطلقا[3].

7- يثير قانون الإرادة صعوبة في مجال عقود التجارة الإلكترونية بخصوص قيود ممارسته

إن غالبية التشريعات تحرص على أن يكون للقانون المختار صلة حقيقية بالعقد وهو الأمر الوارد بالمادة 18 من القانون المدني الجزائري المعدلة عام 2005 التي اشترطت وجود صلة حقيقية بين العقد والقانون المختار، وهو موقف غالبية القوانين التي تحرص في عمومها على عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة في اختيار الطرفين، لأنه قد تكون بعض المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت غير مسموح بها في بعض الدول كونها مخالفة للنظام العام بالرغم من مطابقتها القانونية للدول الأخرى.

ولقد اختلف بعض الفقه حول تحديد طبيعة الصلة التي يتعين توافرها بين العقد والقانون المختار، فمنهم من اشترط وجود صلة مادية تستمد من أحد عناصر الرابطة العقدية، كجنسية المتعاقدين أو موطنهم أو مكان إبرام العقد، أو مكان تنفيذه، بحيث إذا انعدمت تلك الصلة، يجوز للقاضي ألا يعتد بالقانون المختار من قبل المتعاقدين وأن يتولى بنفسه مهمة البحث عن القانون الذي تتوافر معه الصلة أو الرابطة المذكورة. ومنهم من اكتفى بأن يكون للمتعاقدين مصلحة مشروعة حقيقية وجدية في اختيارهم لقانون معين ليحكم العقد، وهي صلة يقدرها القاضي الذي ينظر النزاع من حيث جديتها ومشروعيتها في ضوء أحكام القانون المختار وقانون القاضي الذي ينظر النزاع[4].

---

[1] - ناصر حمودي، نزاعات العقود الإلكترونية، أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة المعارف العدد 5، ديسمبر 2008، ص 154.

[2]- LAMY , Droit de l'informatique et des réseaux , 1998, n 2326 et suiv, p 1484

[3] - نوارة حمليل، التعاقد الإلكتروني معادلة بين أحكام القانون المدني ومبدأ حرية التعاقد، دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 4 سنة 2007، ص 252.

[4] - صادق هشام علي، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1974، ص 660.

على أن الفقه الغالب، وإن أكد من حيث المبدأ على ضرورة وجود صلة أو رابطة بين العقد والقانون المختار، إلا أنه لا يشترط أن تكون هذه الصلة صلة مادية نابعة من أحد عناصر الرابطة العقدية، بل إنه اكتفى بضرورة وجود صلة جدية بين العقد والقانون المختار، سواء كانت الصلة مادية تستمد من أحد عناصر الرابطة العقدية، أم صلة معنوية تمليها حاجات المعاملات وطبيعة التجارة الدولية. وإذا كان الفقه الغالب قد انتهى إلى ضرورة تقييد حرية المتعاقدين في ميدان العقود الدولية العادية من خلال استلزامه توافر صلة أو رابطة معينة بين العقد والقانون المختار، فهل يمكن تقييد حريتهم في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم في مجال العقود الإلكترونية؟

يؤكد جانبا من الفقه بأن الاعتداد بتلك الصلة بين القانون الذي اختير بإرادة المتعاقدين وبين العقد قياسا على عقود التجارة الدولية يصعب إعمالها في بيئة الانترنت وذلك للأسباب التالية:

أن التعاقد من خلال شبكة الاتصال الإلكترونية يفترض اتصال العقد وقت إبرامه بجميع الدول في آن واحد نتيجة انفتاح الشبكات على العالم بأسره، وبهذا يصعب تحديد تلك الرابطة المزعومة بين القانون المختار والعقود الإلكترونية، ففي التجارة الإلكترونية يتم إبرام العقد من خلال شبكات إلكترونية لا تتمركز في إقليم دولة معينة ولا تخضع لدولة بعينها بحيث يمكن القول بتطبيق قانونها والأمر خلاف ذلك بالنسبة للتجارة الدولية[1].

كما أن الرابطة التي يتصور وجودها بين القانون المختار والعقد تتأسس في الغالب على عناصر مادية كمكان إبرام العقد أو تنفيذه، فإذا كانت هذه الضوابط المادية تصلح للسريان في مجال عقود التجارة الدولية التي تتم بعيدا عن شبكات الاتصال الإلكترونية أو في حالة إبرام عقود التجارة الإلكترونية التي تتم من خلال تلك الشبكات حيث يجري تنفيذها ماديا، إلا أن ثمة صعوبة حقيقية تعترض تطبيق تلك الضوابط في حالة المعاملات التي تتم و تنفذ بالطرق الإلكترونية كما هو الشأن في حالة توريد برامج الحواسيب الآلية عن طريق إنزالها على الحاسب الآلي للمستهلك[2].

إضافة إلى عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة في اختيار القانون الواجب التطبيق، نجد غالبية التشريعات تحرص أيضا على ألا يكون خيار المتعاقدين منطويا على غش أو تحايل نحو القانون بحسب نص المادة 24 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري، وهي أيضا مسألة نسبية وتختلف بشأنها الأنظمة القانونية الوطنية، ومما يعقد المسألة أكثر هو انفتاح الانترنت على العالم وحرية انسياب المعلومات عبرها وغياب سلطة عليا تشرف على إعمال مثل هذه الحدود، التي نرى أنه لا مجال لإعمالها إلا بعد طرح النزاع أمام القاضي[3].

وقد يحدث وألا يحدد الطرفان اختيارهما بطريقة صريحة للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني أو يغفلان عن ذلك تماما، وهنا لمفر من إعمال معايير الإسناد الاحتياطية المنصوص عليها في منهج تنازع القوانين للقانون الدولي الخاص، لكن نتساءل هل هي قابلة للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية؟

ب/2- الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني لقانون العقد

نكون بصدد تطبيق الإسناد الموضوعي عند غياب التعيين الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد (الكلاسيكي) من قبل الأطراف المتعاقدة، لذلك عند طرح النزاع على الجهة القضائية التي ستفصل فيه، أن تحدد هذا القانون الواجب التطبيق وهذا ما يعرف بالتعيين الضمني، حيث يتم استنباط القانون من بنود العقد التي تميل في مضمونها إلى نظام قانوني لبلد محدد.

---

[1]- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر 2006، ص 280.
[2] - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 280-281.
[3] - ناصر حمودي، المرجع السابق، ص 153.

وهذا بالإستناد إلى ضوابط موضوعية تبين نية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الأنسب للتطبيق والتي قد تكون ضوابط مرنة يسميها البعض بمعيار الأداء المميز وقد تكون ضوابط جامدة معروفة مسبقا للمتعاقدين ويضعون في حسبانهم إمكانية إعمالها مثل معايير مكان إبرام العقد وتنفيذه وقانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك.

كذلك يمكن استخلاص تلك الإرادة من خلال اللغة التي حرر بها العقد أو العملة التي اتفق على الوفاء بها ...إلى آخره، على أن هذه الضوابط تتضح صعوبة تطبيقها في مجال عقود التجارة الإلكترونية وهو ما نبينه في النقاط التالية:

فبخصوص معيار مكان إبرام العقد يمكن القول بأن الانترنت لا تشكل مكان محدد يمكن الاستناد عليه كونها عبارة عن فضاء مستقل بذاته من جهة، ومن جهة ثانية لا تشكل رابطة حقيقية مع العقد المبرم من خلالها، بحيث قد يكون استعمالها بصفة عارضة كاستعمال حاسوب نقال لشخص متجول من دولة إلى أخرى أو أن يستعمل جهاز غير تابع له أو أن يبرم عقده من خلال مقهى من مقاهي الانترنت، وهي كلها أمور تجعل من المسألة عرضية ولا تشكل معيار يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بهذه الطريقة[1].

و نفس الأمر ، قد ينطبق، على إعمال معيار مكان تنفيذ العقد خاصة وأن التنفيذ قد يتم من خلال شبكة الانترنت كما هو الحال في عقود برامج الحاسوب (تحميل برامج) التي يتم إنزالها مباشرة من على شبكة الانترنت، ففي هذه الحالة يصعب تحديد مكان تنفيذ العقد؛ هل هو مكان موقع التحميل على الخط لحظة التنفيذ أم مكان المزود (الوسيط) الذي يقدم الخدمة للبائع أم المكان الذي يوجد فيه الحاسب الآلي للمشتري، وفي الحالة العكسية -حال التنفيذ خارج الشبكة- قد يكون ذلك في دول متعددة مما يجعل من مكان التنفيذ أماكن متعددة يصعب تفضيل أحدها على الأخر مما يصعب من تحقيق الانسجام بين القوانين المختلفة بسبب اختلاف مفاهيم النظم القانونية حول محل تنفيذ العقد[2].

يصعب القول أيضا بأن إرادة الأطراف قد اتجهت نحو قانون الدولة التي توجد بها المحكمة التي تنظر النزاع، لأنه لا تلازم بين الاختصاصين القانوني والقضائي من ناحية، ولأن تلك المحكمة قد يكون موقعها موجودا على شبكة الانترنت من خلال موقع أو عنوان إلكتروني لا ينتمي إلى دولة معينة.

أما بخصوص ضابط قانون الجنسية المشتركة، فيمكن القول أن الانترنت قد لا تمكن حتى من التعرف فيما بين الطرفين المتعاقدين والتحقق من جنسية بعضهم البعض، وأن ما قيل عن مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه يمكن قوله بخصوص معيار الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، لأن هذه الضوابط جميعها تؤدي في النهاية إلى توطين أو تركيز الرابطة العقدية مكانيا، في حين أن توطين العقد وفقا لهذه المعايير في الفضاء الإلكتروني لن يكون أمرا سهلا، وبهذا الوصف تقترب الإرادة الضمنية في هذا المجال من الإرادة المفروضة بواسطة القاضي[3].

بالإضافة إلى ذلك فإن ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين، الذي نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 18 من القانون المدني، أصبح لا يلعب سوى دورا محدودا في العلاقات التعاقدية الدولية بوجه عام، فالتشريعات الحديثة بدأت تتخلى شيئا فشيئا عنه وتوجه اهتمامها بمقر إقامة الأطراف المتعاقدة، لأن الشائع في العقود التجارية الدولية قد يكون للمتعاقدين موطنين مختلفين[4].

---

[1]- سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية و القانون الواجب التطبيق، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2010، ص 141.

[2] - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 330-331.

[3]- ناصر حمودي، المرجع السابق، ص 156

[4]- صادق علي هشام، الموطن في القانون الدولي الخاص، الفنية للطباعة و النشر، الإسكندرية، مصر 1997، ص 310.

أما بالنسبة لضابط اللغة، فقد أصبحت اللغة الرسمية في مجال الروابط العقدية التي تتم عبر شبكات الاتصال هي اللغة الإنجليزية، وفي حالة استخدام لغة أخرى غير اللغة الإنجليزية فإنها تترجم بطرق آلية إلى اللغة الإنجليزية بواسطة برامج موجودة على الحواسيب الآلية[1].

وتظهر أيضا عدم فاعلية معيار العملة التي يتم الوفاء بها، حيث مقابل الخدمة يدفع من خلال تحويل النقود إلكترونيا أو عن طريق بطاقة وفاء أو ما شابه ذلك من الوسائل الآلية الأخرى، وبالتالي يستطيع الشخص أن يسدد بهذه الوسائل بأي عملة وفي أي وقت.

لذا وفي ظل صعوبة تطبيق الضوابط السابقة ولأجل تفادي كل المعايير التي تعتمد على الطابع الاقليمي التي يكتنفها الكثير من الغموض في مجال الانترنت يفضل البعض اللجوء إلى معيار إسناد مرن وأكثر موضوعية وهو معيار الأداء المميز لتعيين القانون الذي يحكم العقد.

يعد ضابط الأداء المميز أحد أهم المبادئ الرئيسة لقانون التجارة الدولية، كما أنه من المبادئ التي قامت على أساسها اتفاقية لاهاي المبرمة في 10 نوفمبر1955 والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، حيث أفردت لها المادة الثالثة التي اعتدت بمحل الإقامة العادية للبائع أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط إسناد رئيسي لتعيين القانون الذي يحكم العقد، على أساس أن التزام البائع هو الأداء المميز للعقد. فقد نصت تلك المادة في فقرتها الأولى على أنه: "في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذي سيحكم العقد، فإن البيع يكون محكوما بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للبائع وقت تسلمه الطلب. ومع ذلك إذا كان تسليم الطلب بواسطة منشأة البائع، فإن البيع يكون محكوما بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها مقر تلك المنشأة".

ومن جانبها تبنت اتفاقية روما لعام 1980 ضابط الأداء المميز للعقد، حيث تقرر في المادة الرابعة منها أنه: "عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، يسري على هذا الأخير قانون الدولة التي له بها أكثر وثوقا، وتعتبر تلك الروابط موجودة في الدولة التي يوجد بها محل الإقامة للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز وقت إبرام العقد، فإذا كان هذا الطرف شخصا معنويا وكان قد أبرم العقد أثناء ممارسته لنشاطه المهني فإن قانون الدولة التي بها المنشأة الرئيسية لهذا الشخص هو الواجب التطبيق على العقد. وإذا كان الأداء المميز للعقد سيتم عن طريق شركة أخرى بخلاف الشركة الرئيسية، فإن قانون الدولة التي يتواجد بها مقر تلك الشركة هو الذي يحكم العقد"، وهكذا تكون اتفاقية روما قد وضعت قرينة مفادها أن العقد يرتبط بالدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز للعقد، وهذا ينطبق على دولة البائع أو مقدم الخدمة[2].

لقد تبنت العديد من التشريعات الوطنية المعاصرة هذه النظرية لتتأى بنفسها عن اللجوء إلى إسناد الرابطة العقدية لضوابط جامدة فيما يتعلق بتحديد قانون العقد، إلا أن أغلبية فقهاء التجارة الإلكترونية يروا أن تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية يؤدي إلى إسناد العقد لقانون الطرف القوي في العقد والتضحية بمصلحة الطرف الضعيف، و كمثال على ذلك عقود البيع أو توريد الخدمات التي تتم عبر شبكة الانترنت، ففي هذين العقدين يكون قانون دولة البائع أو مقدم الخدمة هو الواجب التطبيق على العقد، حيث يعد أداء مميزا التزام البائع بتسليم المبيع، والتزام المورد بتوريد الخدمة. كما أن الأساس الذي تستند إليه نظرية الأداء المميز يقوم على مرتكزات جغرافية لا تتلاءم مع طبيعة المعاملات التي تتم عبر الانترنت والتي تتعدى الحدود الجغرافية[3].

---

[1]- إبراهيم احمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر 2006، ص 175.

[2] - ناصر حمودي، المرجع السابق، ص 157.

[3]- فاروق محمد احمد الابياصري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2003، ص 114.

كما يصعب تطبيق نظرية الأداء المميز على العقود الإلكترونية عندما يقوم الطرف المدين بالأداء المميز بإبرام العقد عن طريق حاسوب يمتلكه مقدم خدمات معلومات مقيم في نفس البلد التي يمارس نشاطه فيها، لأن القانون الواجب التطبيق سيكون قانون دولة مزود الخدمة لا قانون المدين بالأداء المميز.

و هناك بعض العقود ذات الطبيعة المركبة تتساوى فيها الالتزامات من حيث الأهمية بحيث يمكن اعتبار أيا منها أداة مميزا للعقد، وقد يحدث ذلك في عقد مقايضة على الانترنت عندما يقدم أحد الأطراف صورا بينما يقدم الطرف الأخر بيانات عنها بهدف نقل صورة متكاملة، ففهذه الحالة يصعب أيضا تحديد العمل القانوني المميز للعقد[1].

وفي الأخير يمكن القول إن تطبيق مناهج تنازع القوانين التقليدية على عقود مبرمة عبر فضاء الانترنت لا يعترف بالروابط المكانية والمرتكزات الجغرافية يثير العديد من الصعوبات المتمثلة أساسا في عجز القاضي عن تحديد القانون المختار من قبل الطرفين المتعاقدين، بحيث يصعب عليه التأكد من إرادة الطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق وقد يتعذر على القاضي أيضا استخلاص إرادتهم الضمنية بشكل كافي أو استنتاج إرادتهما الضمنية في ظل غياب تواجدهما المادي و تعاقدهما عن بعد وغياب عناوين تحدد أماكن تواجدهم أو تواجد مقرات عملهم على اعتبار أن الانترنت وحدة واحدة لا تعترف بالتقسيمات الجغرافية وأن العناوين الإلكترونية لا تعبر فعلا عن عناوين مستقرة، فالمعاملات التي تتم عبر الانترنت تقود إلى عالم غير مادي قوامه الأرقام أو البيانات، بينما ضوابط الإسناد المعروفة في القانون الدولي الخاص لم توضع إلا من أجل عالم مادي، ومن ثم فإن تطبيقها على المعاملات الإلكترونية يثير الكثير من الغموض والصعوبات بالإضافة إلى غياب التعامل الورقي و الاستناد للمعطيات الرقمية.

هذا وبغض النظر عن الصعوبات السابقة، يمكن القول أيضا أن نظرية التنازع وجدت لحكم عقود تعترف بها كل النظم القانونية، في حين أن العقود الإلكترونية لا تزال تواجه مشكلة الاعتراف القانوني في غالبية الدول التي لم تسارع بعد إلى تعديل قوانينها مما سيظهر عجز كل القواعد التقليدية على حكمها سواء تعلق الأمر بالنظرية العامة للعقد أو بقواعد التنازع المدرجة في الغالب في إطار القانون المدني المتضمن نظرية العقد.

ب/3- المناهج الحديثة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

أدى الانفتاح التجاري واتفاقيات التجارة الحرة والاتفاقيات الدولية الأخرى بما احتوته من قواعد موضوعية تتعلق بموضوعات القانون الدولي الخاص إلى التساؤل عن الدور الذي من الممكن أن تؤديه القواعد الموضوعية في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية (ب/3-1) وإلى التساؤل عما إذا كان من الممكن حل المنازعات المحتمل نشوءها بين الخصوم في التجارة الإلكترونية حلا مرضيا بطريق الوساطة الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني (ب/3-2)

ب/3-1- القانون الموضوعي الإلكتروني

بعد أن ثبت عدم مناسبة إعمال مناهج تنازع القوانين على حكم علاقات التجارة الإلكترونية عبر الانترنت نادى البعض بضرورة وجود منهج آخر موضوعي لا إسنادي على غرار القانون الموضوعي للتجارة الدولية، يتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للانترنت وطورتها المحاكم ومستخدمو الشبكة وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات، فهو قانون تلقائي النشأة وجد ليتلاءم مع حاجات مجتمع قوامه السرعة في التعامل عن طريق بيانات رقمية تتم بها المعاملات والصفقات عبر الشاشات، يسمى القانون الإلكتروني للانترنت[2].

[1] - فاروق محمد احمد الاباصيري، المرجع السابق، ص 114.
[2] - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص48.

وتعددت مسمياته تبعا لتعدد تعريفاته فسمي ب"القانون الإلكتروني" أو" قانون المعاملات الإلكترونية" أو "قانون المعلوماتية" أو "القانون الافتراضي" أو "القانون الرقمي" وسماه البعض قانون التجار الرقمي. وعموما يمكن القول بأنه القانون الذي كان تلقائي النشأة من خلال تشكل مجموعة من القواعد والمبادئ التي كرسها المتعاقدون في مجال التجارة الإلكترونية الدولية، والتي ساهمت المنظمات الدولية والإقليمية وبعض القوانين الوطنية الخاصة في تكريسها والاعتراف بها، لتكون قانونا خاصا وجد أساسا لحكم العلاقة العقدية المبرمة عبر الإنترنت عن طريق مد المتعاملين بحلول مباشرة، على عكس قواعد الإسناد التي تكتفي بتعيين القانون الوطني الواجب التطبيق[1].

وقد كانت هناك العديد من المصادر سببا في ظهور هذه القواعد نذكر منها الممارسات التعاقدية مثل عقود الإيجار المعلوماتي، وعقود إنشاء موقع إلكتروني أو متجر افتراضي، وهي كلها عقود أرست العديد من الممارسات التعاقدية شكلت قواعد متبعة في غالبية الدول التي انتشرت فيها الانترنت والتجارة[2]. كما ساهم المتعاملين في ميدان التجارة الإلكترونية في إرساء أعراف وعادات وممارسات في الأوساط المهنية لذلك العالم الرقمي للمعلومات والاتصالات كالأعراف والعادات السائدة في مجال الدعاية والترويج للسلع والخدمات[3].

ومع ذلك يرى البعض أنه بسبب حداثة العقود الإلكترونية لا يمكن القول بوجود عرف تجاري دولي فيما يتعلق بالتعامل الإلكتروني، لذلك في رأيهم يجب الاستعانة بالأعراف والعادات التجارية الدولية التي تنظم عقود التجارة الدولية التقليدية[4].

وتعتبر أيضا التوصيات والاتفاقيات الدولية مصدرا هاما من مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني، حيث نجد مثلا توصيات منظمة التعاون والتنمية الأوروبية حول حماية الحياة الخاصة وتدفق المعلومات ذات الطباع الشخصي عبر الحدود لسنة 1980، التوجيه الأوروبي رقم 46/95 حول حماية الفرد في مجال معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي والتدفق الحر للبيانات، وهي وسيلة لتوحيد الحلول بشأن الفوارق والاختلافات بين التشريعات الداخلية للدول وتؤمن الانسجام بين أنظمتها القانونية[5]. كما تم التوقيع في جنيف عام 1996 تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية (**omp**)، على اتفاقية تتعلق بالملكية الأدبية والفنية في العالم الرقمي[6].

وفي أوروبا وضع برنامج عمل سمي "أنظمة التبادل في المعلومات الخاصة بالتجارة الإلكترونية"، وذلك لمدة سنتين بقرار من مجلس الإتحاد الأوروبي، هدفه ضمان المعطيات المعلوماتية في نطاق دول الإتحاد الأوروبي، حيث صدرت من الناحية القانونية ثمانية أعمال تتعلق بهذا الشأن وكان أهمها إعداد "نموذج لاتفاقية حول استخدام المعطيات المعلوماتية" وكذا العديد من الدراسات حول التوقيعات الإلكترونية في هذا الخصوص، كما أصدرت اللجنة الأوروبية توصية هامة في خصوص بعض الجوانب القانونية للتجارة في نطاق المعطيات المعلوماتية، حيث دعت رجال الاقتصاد والمنظمات التي تعمل في هذا المجال أن تستخدم نموذجا للعقد الذي سبق أن أصدرته والاستعانة بالتعليقات الواردة في شأنه، والصادرة عن ذات اللجنة[7].

كذلك في سنة 1981 أوصى مجلس الجمارك الأوروبيCCD الدول الأعضاء وغيرها، بأن تسمح للشخص المعلن وطبقا للشروط المحددة بواسطة سلطات الجمارك، بإمكانية إرسال إلى هذه السلطات بوسائل إلكترونية أو أوتوماتيكية الإعلانات عن البضائع المخصصة لكي تعامل بطريقة آلية.

---

[1] ـ ناصر حمودي، المرجع السابق، ص167-168.
[2] ـ ناصر حمودي، نفس المرجع، ص 168.
[3] ـ محمد أحمد علي المحاسن، المرجع السابق، ص 181-182.
[4] ـ علاء الدين محمد نيب، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في القانون الأردني والمقارن، دكتوراه، عمان، الأردن 2004، ص 127-128.
[5] ـ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 53-55.
[6] ـ أبو هشيمة، المرجع السابق، ص 144.
[7] ـ حجازي عبد الفتاح بيومي، المرجع السابق، ص161-163.

وهذا الإرسال يمكن أن يتم بطريقة مباشرة من خلال تنظيم المعلوماتية في الجمارك أو من خلال البطاقات الإليكترونية أو بأية بطاقات ذات طبيعة مشابهة وورد في تلك التوصية أن تقبل الدول الشروط التي تحددها سلطات الجمارك في شأن الإعلانات التي يتم التعامل معها في الجمارك بوسائل إليكترونية، كما اعتمد نفس المجلس مشروعا بشأن التجارة الإلكترونية عام 1986[1].

وفي فرنسا سنة 1996 وبمناسبة القيام بمهمة استشارية لوزراء الثقافة والاتصال في بولونيا تم الاتفاق على وضع اتفاقية دولية الغاية منها وضع حد أدنى من المبادئ التنظيمية المشتركة في مجال شبكة الانترنت، لتكون النواة الأولى في وضع قواعد السلوك الحسن في استخدام شبكة الانترنت وتوحيد بعض القواعد في مجال العقود وغيرها من المسائل الأخرى.

ويرى البعض بأن أهم طريق لإيجاد القانون الموضوعي الإلكتروني هو طريق المعاهدات مثل لجنة الأونسترال، وكذا باقي القوانين النموذجية أو الاتفاقيات الدولية الصادرة عن منظمات مهتمة بالموضوع على أن تكون هذه المعاهدات على غرار اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، أو على الأقل عن طريق توحيد اختيار القواعد القانونية وليس توحيد القوانين، وهو ما قام به فعلا معهد القانون الأمريكي الذي قام بوضع قواعد قانونية محددة عن طريقها يستطيع أطراف المعاملة الإلكترونية اختيار قواعد قانونية عامة قابلة للتطبيق على اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاعات التي تثور بصدد العقود الإلكترونية الدولية، على أن يتم استبعاد القواعد المرنة سيما تلك التي تقوم على التركيز المكاني الذي لا تعترف به الانترنت[2].

وبالتالي فمسألة وجود النظام القانوني للقواعد المادية للعقد الإلكتروني أصبحت مسألة واقع باعتبارها كافية لسد الثغرات ووضع الحلول للمشكلات التي تثار بمناسبة التعاقد الإلكتروني بشكل خاص والتجارة الإلكترونية بشكل عام.

حيث ورد في قانون التجارة الإلكترونية الجزائري[3] أنه يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني: متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو مقيما إقامة شرعية في الجزائر، أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري، أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر.

ب/3-2 - الوساطة الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني

نظرا لشيوع استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في إبرام العقود وتنفيذها أحيانا، اتجه التفكير إلى تسوية منازعاتها عن طريق الوسائل البديلة لتسوية المنازعات مثل الوساطة والتحكيم التي تجري آليتها من خلال شبكات الاتصال الإلكترونية لتكون التسوية إلكترونيا، وفي ضوء ما تقدم نتعرض للوساطة الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني كوسائل مستحدثة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

ج - الوساطة

هي إحدى آليات الحلول البديلة لفض النزاعات المعروفة في بلدان عديدة وتهدف في صورها المختلفة إلى تسوية النزاع وديا من خلال التراضي والتوفيق بين الخصوم بإجراءات أكثر مرونة لتلافي إجراءات التقاضي أمام المحاكم الأمر الذي يخفف من عبء تراكم القضايا لدى المحاكم ويحقق مصلحة الخصوم في إنهاء النزاع بأسهل الطرق وأسرعها وبأقل تكاليف ممكنة.

وهي عملية تتم من قبل شخص ثالث يدعى الوسيط، يسعى إلى مساعدة أطراف النزاع للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر وتقييمها لمحاولة التوصل إلى حل وسط يقبله الطرفين.

---

[1] - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص28.

[2] - ناصر حمودي، المرجع السابق، ص137.

[3] - المادة 2 من القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، المتعلق بالتجارة الالكترونية، ج ر عدد 28 لسنة 2018.

ولا تختلف الوساطة الإلكترونية عن الوساطة التقليدية في شيء سوى أن الأولى تتم من خلال استخدام وسيلة من والسائل الإلكترونية، حيث يكون الوسيط والأطراف المتنازعة متواجدين عادة في دول مختلفة يجتمعون ويتحاورون عن بعد باستخدام شبكة الانترنت بخلاف الوساطة التقليدية، حيث يجتمع كل من الوسيط والأطراف المتنازعة وجها لوجه وفي إقليم دولة واحدة[1].

حققت الوساطة الإلكترونية، كوسيلة لتسوية المنازعات عن بعد، نجاحا واسعا وإقبالا هائلا من قبل المتنازعين في ميدان التجارة الدولية، حيث تشير الدراسات الأمريكية إلى أن 75% من منازعات العمل الدولية قد تم تسويتها عن طريق اللجوء إلى هذه الوساطة[2].

من أهم مزايا الوساطة ترك الحرية لطرفي النزاع في اختيار الوسيط (المادة 5 قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي) وغالبا ما تقوم مراكز الوساطة الإلكترونية بتخصيص صفحة على الموقع الإلكتروني التابع لها، تبين فيها أسماء الوسطاء الأعضاء في المركز وما يملكونه من خبرات ومؤهلات علمية وقانونية تؤهلهم لتسوية النزاع، ومن أمثلة هذه المراكز مركز الوساطة **square trade** ومركز الويبو **wipo** للتحكيم والوساطة[3].

تجرى آلية الوساطة الإلكترونية من خلال مجموعة من الإجراءات التي تتم بطرق إلكترونية على الموقع الشبكي التابع للمركز، بداية من ملئ نموذج إلكتروني لطلب التسوية ومرورا بالإجراءات التي تفرغ في أشكال إلكترونية وانتهاء بصدور الحكم ومن ثم قيده على الموقع الشبكي للقضية.

إذا أراد أي طرف في النزاع أثناء جلسات الوساطة التعديل من طلباته أو بياناته التي سبق وأن قدمها للمركز فما عليه إلا الدخول إلى الموقع الإلكتروني الخاص بالمركز والنقر على الأيقونة المخصصة لقضايا الوساطة ومن ثم إدخال العنوان الإلكتروني واسم المرور الخاص بالنزاع ورقم القضية، لكي يتسنى له في النهاية إجراء التعديل الذي ينوي القيام به[4]. ويجوز لأي طرف في النزاع أن يقرر في أي وقت الانسحاب من إجراءات الوساطة ويترتب على هذا الانسحاب إغلاق ملف القضية مع إمكانية إعادة فتحها مجددا.

وتعتبر جميع المعلومات والبيانات التي يقدمها طرفا النزاع أثناء جلسات الوساطة، والتي يتم تخزينها على صفحة النزاع المعدة على الموقع الإلكتروني التابع للمركز، محمية ومشفرة بنظام حماية آمن يحول دون إحداث أي تغيير أو تحريف في مضمونها.

إذا توصل الوسيط إلى التسوية السليمة للنزاع وتمت المصادقة على اتفاق التسوية من قبل طرفي النزاع، تنتهي عملية الوساطة من لحظة المصادقة على اتفاق التسوية[5]. أما في حالة عدم التوصل إلى التسوية الودية للنزاع تنتهي عملية الوساطة.

عند انتهاء عملية الوساطة، وفي كلتا الحالتين، يجب على الوسيط بغض النظر عن النتيجة التي آلت إليها الوساطة إيجابية كانت أم سلبية، أن يرسل فورا إخطارا مكتوبا إلى المركز يبلغه فيه بواقعة انتهاء الوساطة والتاريخ الذي انتهت فيه، وأن يرسل نسخة من ذلك الإخطار معنونة باسم المركز إلى طرفي النزاع[6].

---

[1]- محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص217-218.
[2] - محمد أحمد علي المحاسنة، نفس المرجع، ص223.
[3] - محمد أحمد علي المحاسنة، نفس المرجع، ص226.
[4] - محمد أحمد علي المحاسنة، نفس المرجع، ص236-237.
[5]- الفقرة الأولى من المادة 18 من قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية الويبو
[6]- الفقرة الأولى ن المادة 19 من قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية الويبو

ح - التحكيم الإلكتروني

تتلخص فكرة التحكيم الإلكتروني في اعتماد أطراف التحكيم استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في الاتفاق على التحكيم، ثم عقد إجراءاته من جلسات وتبادل مستندات ومذكرات وسماع شهود والخبراء باستخدام ذات الوسائل، وانتهاء بصدور الحكم فيه من خلال أجهزة الاتصال الإلكترونية، فلا حاجة فيه للانتقال المادي من مكان إلى آخر أو التواجد الشخصي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان ما، وإنما تدار مختلف مراحل إجراءاته بواسطة شاشات الكمبيوتر[1].

تعتبر مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني من المسائل المهمة باعتبار أن هذا القانون هو الذي يحكم اتفاق التحكيم من حيث وجوده وصحته ونفاذه وآثاره وتحديد ما يرتبه من حقوق والتزامات على عاتق أطرافه.

وتثور مسألة تحديد القانون المذكور أول ما تثور أمام المحكم، إذ عليه قبل أن يمضي في التحكيم أن يتأكد من صحة الاتفاق عليه ونفاذه، لكن مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم تثور أيضا أمام القضاء، فهي قد تثور أمامه أولا عندما يرفع أحد طرفي النزاع دعواه أمام القضاء، ويتمسك المدعى عليه بوجود اتفاق التحكيم فيدفع المدعي ببطلان اتفاق التحكيم أو بعدم نفاذه في حقه، وهي تثور أمامه مرة أخرى عندما يصدر حكم التحكيم ويريد الحصول على الأمر بتنفيذه، وتثور أمامه مرة ثالثة بمناسبة الطعن في بطلان حكم التحكيم[2].

ويسلم الفقه في مجموعه بإخضاع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة، وبالتالي فإن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم يحدد في ظل مبدأ قانون الإرادة، فالأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، أما في حالة غياب قانون الإرادة فتسلك التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم اتجاهين:

حيث يرى أولهما أن هيئة التحكيم ملزمة بتحديد القانون الواجب تطبيقه على الموضوع من خلال قواعد التنازع في حين يرى الاتجاه الثاني أن تمنح هيئة التحكيم سلطة التحديد دون الاعتماد على قواعد التنازع، وقد اعتنق الفقه الغالب هذا الاتجاه الذي يترك الحرية لهيئة التحكيم في الاختيار والأخذ بالقاعدة التي تبدو أكثر ملائمة تبعا لظروف النزاع[3].

مع ذلك يرى جانب من الفقه، أنه رغم حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على الاتفاق التحكيمي فإن الحاجة إلى قاعدة إسناد لتحديد هذا القانون تظل قائمة، خاصة في المسائل التي تخرج بطبيعتها عن سلطان الإرادة، كما هو الحال في أهلية المتعاقدين، وكذلك في الحالات التي يضطر فيها المحكم إلى استبعاد القانون المختار إذا ما كان هذا القانون يخالف النظام العام[4].

وفي جميع الأحوال، فإن هيئة التحكيم ليست لها مطلق الحرية في اختيار القانون الموضوعي، بل تظل مقيدة ببعض القيود، فهيئة التحكيم تتقيد بأحكام العقد القائم بين الطرفين وكذلك أي عقد ذي صلة بالموضوع، وهذه الأحكام قد تشير إلى قاعدة إسناد أو قاعدة موضوعية. كذلك تتقيد بمراعاة الأعراف والعادات التجارية السائدة، فإذا أغفلت الهيئة إعمال هذه القيود أصبحت مخالفة بذلك لإرادة الأطراف التي يقوم عليها نظام التحكيم مما يجعل حكمها معيبا وقابلا للطعن.

1- جعفر نيب المعالي، التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع،2014، ص13.

2- الجمال مصطفى محمد عبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص302.

3- أبو هشيمه، المرجع السابق، 316.

4- جعفر نيب المعالي، المرجع السابق، ص 179.

ولا تكاد تخلو لائحة من لوائح هيئات التحكيم الدائمة أو معاهدة دولية متعلقة بالتحكيم من التنصيص على تطبيق القانون الذي يحكم موضوع النزاع في حال غياب أو تخلف إرادة المحتكمين عن تعيينه، حيث تبنت اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 المادة 1/21 والقانون التجاري الدولي لعام 1985 المادة 28، قاعدة حرية المحتكمين في تحديد القانون واجب التطبيق الذي تحدده قاعدة تنازع القوانين التي يرون أنها واجبة التطبيق في الدعوى آخذين بعين الاعتبار أحكام العقد والأعراف التجارية[1]. من هنا ذهب جانب من الفقه بأن مذهب الإسناد التقليدي يقوم على مرتكزات مكانية لا تتلاءم مع طبيعة المعاملات التي تتم إلكترونيا وبالتالي لا بد من استبدالها بالقانون الموضوعي الإلكتروني.

ولما كان نظام المحكمة الإلكترونية يعتمد على أدوات إلكترونية سواء فيما يتعلق بالكتابة، والتوقيع، ونقل وتبادل المستندات أو إصدار الحكم، تختلف عن تلك التي تقوم عليها قواعد التحكيم التقليدية، فإن هذا النظام يواجه صعوبات تتمثل في: صعوبة تحديد مكان التحكيم، هل يجب الاعتداد بمكان وجود المحكم في بداية الإجراء أم الاعتداد بقانون موطنه أو محل إقامته، وتتعقد الأمور أكثر عندما نكون أمام هيئة تحكيم ثلاثية ولسنا أمام محكم وحيد هذا من جهة، ومن جهة أخرى هناك إشكالية الاعتراف بتنفيذ الحكم الصادر بناء على إجراءات جرى إنجازها عبر شبكات الاتصال الإلكترونية في الدول التي تنص قوانينها على استخدام المستندات الورقية والحضور الشخصي لأطراف النزاع وشهودهم أمام هيئة التحكيم. ومما لاشك فيه إن هذه المشكلة أصبحت تتلاشى مع صدور قوانين المعاملات الإلكترونية في معظم الدول، التي أقرت صراحة العقود الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني استجابة للتطور الحادث في مجال التعاقد عبر شبكات الاتصال الإلكترونية.

المبحث الثاني: المحل والسبب في العقد الإلكتروني

يعتبر محل العقد الإلكتروني أحد أركان قيام العقد، ذلك أن توافق إرادتي طرفيه غير كافية لوحدها لانعقاده، فهذا التوافق ليس مجرد بل يهدف المتعاقدين من خلاله الحصول على شيء محدد وهو ما يعرف بمحل العقد.

لقد أوجب المشرع الجزائري توافر المحل كركن أساسي من أركان العقد بحيث يترتب على تخلفه بطلان العقد بطلانا مطلقا، إذ جاء في المادة 93 من القانون المدني أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا بطلانا مطلقا".

والمحل في العقود الإلكترونية لا يختلف تعريفه عن تعريف المحل في العقود التقليدية، كونه العملية القانونية التي أرادها طرفي العقد بهدف ترتيب التزامات بأداء معين كنقل حق ما أو القيام بعمل أو الامتناع عنه.يجب أن تتوافر في محل العقد الإلكتروني عدد من الشروط، هي: شرط الوجود وشرط التعيين وشرط المشروعية.

سوف تقتصر دراستنا فقط على خصوصيات المحل في العقد الإلكتروني الذي تغير مفهومه ومضمونه، حيث أصبح يرد على سلع رقمية وخدمات عبر الانترنت (المطلب الأول)، أما بالنسبة لركن السبب فلا يخرج حكمه بالنسبة للعقود الإلكترونية عما هو مقرر في القواعد العامة في نظرية العقد. وباعتبار التعاقد الإلكتروني يتم عن بعد في فضاء لا مادي، عندئذ قد يكون المستهلك عرضة لأخطار الغش في المنتوج الذي يكون غير مطابق للحقيقة لهذا كان لازما حمايته بواسطة حق الرجوع (المطلب الثاني).

[1]- جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 180.

المطلب الأول: المحل الوارد على المنتوجات الرقمية

على غرار المنتوج التقليدي فالمنتوج الرقمي قد يكون سلعة رقمية (الفرع الأول) أو خدمة رقمية (الفرع الثاني)، ونظرا لكثرة المواقع التي تستغل في ممارسة التجارة غير المشروعة، تدخلت أغلب التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية إلى فرض رقابة على مشروعية المحل ومطابقته للنظام العام والآداب العامة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: السلع الرقمية

إن السلع الرقمية هي في أصلها وطبيعتها سلع مادية متعارف عليها تباع وتشترى كمنتوج في الأسواق حسب ما تقتضيه العلاقة التعاقدية والاستهلاكية للأطراف المتعاقدة، إلا أنه في ظل الثورة المعلوماتية والتكنولوجية تطورت التعاملات الإلكترونية بين المنتج والمستهلك، فتحولت من التعاقد على بيع السلع المادية إلى التعاقد على بيعها في شكل رقمي، فتصبح مجرد معلومة من المعلومات الرقمية التي تباع عبر شبكة الانترنت، كبيع الكتب والمجلات والصحف والأفلام والمؤلفات والأغاني والصور والفيديوهات والأشرطة والدروس والبرامج الآلية، إذ يتمكن المستهلك من اقتنائها وبدون تكلفة التسليم في منزله أو مكتبه أو في أي مكان متواجد فيه. ويتم تحويل تلك السلعة إلى بيانات رقمية، وفقا لتكنولوجيا المعلومات، فتتخذ عندئذ شكل حروف أو رموز أو أشكال، تخزن وترسل للمستهلك الذي يتسلمها وفقا للإجراءات المعمول في التوقيع الإلكتروني، عندئذ تأخذ السلعة الرقمية مفهوم التوقيع الإلكتروني، حيث بها تصبح مجرد معلومات إلكترونية مثبتة في سجل إلكتروني، وفقا لتقنية إنشاء التوقيع الإلكتروني[1].

من بين التشريعات التي تعرضت لتعريف هذا النوع من الخدمات والسلع الإلكترونية، نجد المشرع التونسي في قانون التجارة الإلكترونية لسنة 2000 من خلال الفصل الثاني الفقرة 9 بقولها: "كل خدمة أو منتوج طبيعي أو فلاحي أو صناعي أو حرفي مادي أو غير مادي" ويكون المشرع التونسي قد قصد من المفهوم ـ الغير المادي-المنتوجات الرقمية.

من أهم السلع الرقمية:

1- المصنف الرقمي: أدى ظهور شبكة الانترنت ودخولها إلى مجال تداول المصنفات الفكرية لنشر العلم والمعرفة إلى إثارة اهتمامات قانونية جديدة في مجال الملكية الأدبية وحقوق المؤلف، خاصة منها ما ارتبط باستغلال المصنف من خلالها وحماية حقوقه.

وقد أصبحت العملية تتم بواسطة الحاسوب عن طريق تحويل المصنف من شكله الورقي المطبوع إلى ملفات إلكترونية تخزن في ذاكرة الحاسوب، وتنقل عبر نفس الجهاز من مكان إلى آخر دون قيود جغرافية وعبر شبكة الانترنت، أين تم الاستغناء عن أدوات الطباعة التقليدية وتعويضها بجهاز الحاسوب للكتابة وملحقاته للطبع (الطابعة)، وظهور نوع جديد من المصنفات أصبحت اليوم تعرف في مجال الملكية الفكرية بالمصنفات الرقمية.

وبواسطة هذا النوع الجديد أصبح بإمكان أيا كان بمجرد النقر على أي محرك بحث تصفح ما يشاء من الأعمال الفكرية، بل والحصول على نسخة منها، ونشر أعماله من خلال نفس الأداة، أين يعتمد عليها في جمع وتركيب أعماله من خلال المواقع الإلكترونية المختلفة ليركب بذلك مادة أدبية فنية أو علمية مستمدة من أعمال أخرى منشورة عبر شبكة الانترنت، حاملة اسمه باعتباره مؤلفا لها[2].

[1]- حوحو يمينة، مرجع سابق، ص 138.
[2]- نعيمة كروش، الحماية الدولية لحقوق المؤلف من الاستغلال عبر شبكة الانترنت، دكتوراه2010-2011، ص 19.

2- برامج الحاسوب: تعد من أول وأهم مصنفات المعلومات التي حظيت باهتمام كبير من حيث الاعتراف بها وتوفير الحماية القانونية لها. والبرمجيات هي الكيان المعنوي لنظام الحاسوب والتي من دونها لا يكون هناك أي فائدة للمكونات المادية من الأجهزة والوسائط.

تنقسم برامج الحاسوب من الناحية التقنية إلى برمجيات التشغيل المنوط بها إتاحة عمل مكونات النظام مع توفير بيئة عمل البرمجيات التطبيقية، هذا من ناحية التقنية، أما من ناحية الدراسات التشريعية والقانونية، فقد أثير العديد من المفاهيم المتصلة بأنواع البرمجيات، أهمها برمجيات المصدر والآلة، والخوارزميات، ولغات البرمجة، وبرامج الترجمة، ووفقا لاتفاقية تريبس **TRIPS** فإن البرمجيات محل حماية سواء كانت بلغة الآلة، أو المصدر، ولمؤلفها كافة الحقوق المالية والمعنوية لمصنفات حق المؤلف، شأنها في ذلك شأن التسجيلات الصوتية والمرئية.

وفي التشريع الجزائري نصت المادة 3 من الأمر المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة بأن:"يمنح كل صاحب إبداع أصلي لمصنف أدبي أو فني الحقوق المنصوص عليها في هذا الأمر. تمنح الحماية مهما يكن نوع المصنف ونمط تعبيره ودرجة استحقاقه ووجهته، بمجرد إبداع المصنف سواء أكان المصنف مثبتا أم لا بأية دعامة تسمح بإبلاغه إلى الجمهور."[1].

كما عرفت الجمعية الدولية لحقوق المؤلف برنامج الإعلام الآلي بأنه: "يشمل كل البرامج والطرق والقواعد وحتى الوثائق المتعلقة بسير أو تسيير مجموع المعطيات أو مجموع غير قابل للتجزئة يحظى بالحماية كما هو"[2].

إذا ما تعاقد المستهلك مع إحدى الشركات مثلا المتخصصة في إنتاج البرامج لأجل شراء برامج الحاسوب الآلي الحديثة والمتطورة تقنيا، نظرا لخصوصية هذا المنتوج الرقمي يمكن للشركة المنتجة أن تنفذ التزامها بالتسليم عبر شبكة الانترنت ذاتها التي تم بها التعاقد، وبذلك توفر الشركة الوقت والجهد والربح، ولا ينتهي دور الشركة بتسليم البرنامج فقط بل تبقى ملزمة بضمان الخدمة ما بعد البيع بتقديم المعلومات اللازمة لتشغيل البرنامج كخدمات الصيانة والضمان والتوجيه[3].

وهو الأمر الذي زاد من أهميتها التجارية في السوق، ومن ثمة أخذت شركات البرامج بواجب الحرص على سرية وتنافسية برامجها حماية لها من التعدي باستعمالها دون إذن مؤلفها أو تعديل محتواها، وهو ما يعرف بالحق الأدبي لمؤلف برامج الحاسب الآلي، والذي يتميز بصعوبة تطبيقه على هذا النوع من الأعمال خلافا للحق الأدبي لمؤلف المصنفات الأدبية والفنية خاصة ما يرتبط بنشره تعديله وسحبه من التداول. وقد نص قانون الملكية الفكرية في المادة 121 الفقرة 7 على تطبيق ممارسة الحقوق الأدبية التقليدية على برامج الحاسب الآلي مع التأكيد على طابعها الخاص[4].

3- قواعد البيانات: هي تجميع للبيانات يتوفر فيها عنصر الابتكار عبر جهد شخصي، يكون مخزنا بواسطة الحاسوب، ويمكن استرجاعه من خلاله، والبيانات أو المعلومات المخزنة في الحاسوب بشكل مجرد ليست محل حماية بالنسبة للقوانين والأنظمة وقرارات القضاء، والمراد بحماية قواعد البيانات بوجه عام هو الابتكار كما تعبر عنه الاتفاقيات الدولية، فتنص المادة 10 فقرة 2 من اتفاقية تريبس **TRIBS** على أن تتمتع بالحماية البيانات المجمعة أو المواد الأخرى سواء كانت في شكل مقروء آليا أو أي شكل أخر إذا كانت تشكل خلقا فكريا نتيجة انتفاع وترتيب محتواها.

---

[1]- الأمر رقم 05-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج. ر العدد 44 لسنة 2003.
[2]- كوثر مازوني، الشبكة الرقمية وعلاقتها بالملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2008، ص 92.
[3]- محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2007، ص 110.
[4]- نعيمة كروش، مرجع سابق، ص41-42.

كما نصت المادة 5 من الاتفاقية العالمية للملكية الفكرية لسنة 1996 على أن: "تتمتع مجموعات البيانات أو المواد الأخرى بصفتها هذه أيا كان شكلها إذا كانت ابتكارات فكرية بسبب محتواها، أو ترتيبها".

لذا يفهم من خلال ذلك أن البيانات أو المعلومات المخزنة في نظم الحاسوب ليست محل حماية بالنسبة للقوانين والأنظمة وقرارات القضاء، لكنها متى ما أفرغت ضمن قاعدة بيانات وفق تصنيف معين وبآلية استرجاع معينة وعندما تخضع لعملية معالجة تتيح ذلك، فإنها تتحول من مجرد بيانات إلى قاعدة معطيات ينطوي انجازها بهذا الوصف على جهد ابتكاري وإبداعي يحتم الحماية. والاعتراف لقواعد البيانات بالحماية لم يتأتى إلا من خلال جهد منظمة الويبو **WIPO** ومجلس أوربا الذي وضع سنة 1996 قواعد إرشادية وقرارا يقضي على حماية قواعد البيانات ضمن حقوق المؤلف[1].

في وقتنا الحاضر أصبحت قواعد البيانات تشكل قيمة اقتصادية كبيرة نظرا لضخامة حجمها المعنوي وقيمتها باعتبارها سلعة رقمية تكون محلا للتعاقد الإلكتروني مثلها مثل برامج الحاسوب، فهي أكثر المصنفات الرقمية المستعملة في شبكة الانترنت لذلك فهي تستوجب الحماية متى توفرت فيها الأصالة[2].

تأكيدا لما سبق قضت محكمة استئناف باريس بتاريخ 15 يناير 1997 في قضية الاعتداء على قاعدة البيانات المعدة من طرف إحدى الشركات العاملة في مجال تسويق الملابس، محددة بذلك العناصر التي تحدد طابع الابتكار في قواعد البيانات بأربعة شروط:

- ألا تكون المعلومات تنتمي إلى الدومين العام، والذي يسمح بحرية الجمهور في استعمالها.

- أن تتضمن مجهودا ذهنيا من طرف منتج القاعدة. وحول هذا الشرط أكدت المحكمة طبقا لقواعد الملكية الفكرية التي لا تحمي أساليب وطرق تجسيد الأفكار من خطوات رياضية وحسابية يتم إتباعها، إنما لابد أن تتجسد البصمة الشخصية للمعد لها.

- أن تكون المعلومات المتضمنة في قاعدة البيانات بمثابة معرفة فنية.

- أن تتضمن هيكلا وشكلا مميزا، وهذا على أساس أن قاعدة البيانات تعتمد في عرضها على تبويب وشكل خاص يختلف من قاعدة إلى أخرى وفقا لتصميم وتصور معدها.

4- النصوص الرقمية: هي كل وثيقة مكتوبة على شكل نص وليس على نوع محدد ووعاء محدد، سواء كانت مجموعة في شكل كتاب رقمي أو موسوعة أو غيرها، المهم أنها نصوص رقمية، والنصوص المدرجة في شبكة الانترنت بالصيغة الرقمية تكون كذلك محمية بمقتضى قانون حماية المؤلف بشرط توفرها على الأصالة والجدة، وبذلك تكون سلعة رقمية متداولة إلكترونيا كمحل للتعاقد الإلكتروني مهما كانت الدعامة المثبت فيها أسطوانة أو موقع على الشبكة، كما تدخل في دائرة هذه المصنفات الخطب والمحاضرات والأعمال الشفهية[3].

5- الأعمال السمعية والبصرية الرقمية: تعد الأعمال الموسيقية والبرامج الإذاعية من ضمن الأعمال التي كثر تداولها وانتشارها من خلال شبكة الانترنت، كذلك هي تحظى بالحماية بقانون حق المؤلف وكغيرها من المصنفات الرقمية تحول هذه السلعة إلى بيانات رقمية وفق تكنولوجيا المعلومات الرقمية لتتخذ شكل حروف ورموز لتخزن وترسل للمستهلك عبر الخط، لذلك تكون كالسلعة مثبتة إلكترونيا تتداول إلكترونيا كمحل لهذه التعاقدات باعتبارها حقوق مالية تتداول كسلع للتعاقد الإلكتروني[4].

---

[1]- عبد الله عبد الكريم عبد الله، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية على شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، مصر 2009، ص 32.

[2]- كوثر مازوني، مرجع سابق، ص 115.

[3]- حفاص صونية، حماية الملكية الأدبية والفنية في البيئة الرقمية في ظل التشريع الجزائري، ماجستير، جامعة قسنطينة الجزائر 2012، ص 75.

[4]- كوثر مازوني، المرجع السابق، ص 172.

والبرمجيات التي تسهل تحميل القطع الموسيقية والأفلام كتقنية **mp3** وفي برنامج naster تقوم بشحن القطع الموسيقية عن بعد وتحفظ في ملفات3mp وهو شبه تقنيات البلوتوث في الهواتف النقالة والحاسب الآلي كذلك، مما استدعى ضرورة حماية هذه المصنفات الرقمية في ظل الفضاء التعاقدي الرقمي الافتراضي[1].

6- المعلومات الرقمية: في ظل العقود الإلكترونية لم يقتصر التعاقد فقط على الأشياء المادية، بل امتد ليشمل كل ما هو معنوي ورقمي غير ملموس، وقد وردت عدة تعاريف بشأن المعلومات نظرا للدور الذي أصبحت تلعبه في عصر التكنولوجيا الرقمية، بحيث نجد هناك عقود يصطلح عليها عقود البنك الرقمية أين تكون المعلومة محل لهذا التعاقد، كذلك بتطور التكنولوجيا وظهور الانترنت أصبح العقد يبرم عن بعد على هذه السلع الرقمية ومنها أنشئت بنوك المعلومات الرقمية، أين تبرم هذه العقود إلكترونيا وتتداول تلك المعلومات ضمن هذه العقود مهما كان الشكل التي وردت فيه أو الدعامة المثبتة فيها، حيث تنقل المعلومات من البنك إلى المستفيد مقابل ثمن يدفعه المستفيد كمقابل لهذه المعلومات، حيث أصبحت بذلك سلعة رقمية تباع وتشترى خاصة من قبل الشركات التجارية التي تكون بحاجة ماسة إلى المعلومات كتلك المتعلقة بتقلبات السوق والأسعار وتطورات البورصة[2].

ويجب على المورد أن يبذل أقصى جهده في تيسير الحصول على المعلومات والبيانات التي يرغب في الحصول عليها العميل، كما أن المورد يلتزم بتقديم النصح والإرشاد حتى يتمكن العميل من الحصول على أفضل خدمة، مثال ذلك كأن يتفق شخص مع مورد بأن يسمح له بالحصول على الأحكام القضائية الموجودة في بنك المعلومات أو قاعدة البيانات التي يملكها من خلال رقم سري معين وبمقابل محدد بين الطرفين[3].

7- التشفير: يعد وسيلة لضمان سرية المعاملات التجارية بكيفية توصل إلى ضمان سريته و مصداقيتها، وعليه فإن التشفير عبارة عن خدمة تقدمها جهة مختصة قانونا لمن يرغب في الاستفادة من هذه الخدمة وفق شروط وضوابط محددة.

عرفت المادة 2 الفقرة 8 و9 من القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين[4] مفتاح التشفير الخاص بأنه عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط، وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي. وهذا الأخير، بحسب نفس النص، هو عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الإلكتروني، وتدرج في شهادة التصديق الإلكتروني. عمليات التشفير على صنفين رئيسين: تشفير متناظر "متماثل"، وتشفير غير متناظر "اللامتماثل". في التشفير المتناظر يستخدم مفتاح واحد للتشفير وفك التشفير بين الأطراف المرسلة والمستقبلة، بينما يستخدم مفتاحان لكل متعامل في حالة التشفير غير المتناظر:

- يكون المفتاح الأول عام (**clé publique**) ومعروفا للمرسل إليه لاستخدامه لفك التشفير وللتحقق من شخصية الموقع على المحرر الإلكتروني والتأكد من سلامته، ويتميز هذا المفتاح بعدم سريته.

- أما المفتاح الثاني فهو مفتاح خاص (**clé prive**) لفك التشفير والتوقيع الإلكتروني عن المحررات الإلكترونية المرسلة. وسمي مفتاح خاص لأنه يميز كل شخص عن غيره من المستخدمين ويكون بمثابة هوية إلكترونية يمكن صاحبها من فك أي معلومة مشفرة مرسلة إليه.

---

[1]- حقاص صونية، المرجع السابق، ص 58.

[2]- أمير الطالب الشيخ التميمي، الإطار القانوني لعقود بنك المعلومات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2013، ص 136.

[3]- منانى فراح ، مرجع سابق، ص 33-34.

[4]- القانون رقم 15-04، المؤرخ في 1 فبراير 2015، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، ج ر عدد 6 لسنة 2015.

وبالتالي فالمفتاح العام يتميز عن المفتاح الخاص بكونه معروفا ومفتاحا إلكترونيا لطرفين أو أكثر، غير أن هذا التمييز الذي يخص المفتاح العام لا يفصله عن المفتاح الخاص لأنهما مرتبطان في عملهما ويكمل كل منهما الأخر لوجود رابطة مباشرة بينهما، فإذا استعمل المفتاح الخاص لتشفير المحرر فلا يمكن فك التشفير إلا بالمفتاح العام والعكس صحيح، كما أنه لو عرف أحد المفتاحين فلا يمكن معرفة المفتاح الأخر حسابيا لأن منظومة التوقيع الرقمي ترتكز على فكرة اللوغاريتمات والمعادلات الرياضية المعقدة من الناحية الفنية، وبالتالي لا يكون بإمكان أي شخص إعادة هذه المعادلة اللوغارتمية إلى صورتها المقروءة إلا الشخص الذي لديه المعادلة الخاصة بذلك والتي تتمثل في مفتاح التشفير فهو فقط الذي يمكنه فك هذا التشفير[1].

الفرع الثاني: الخدمات الرقمية

سهلت شبكة الانترنت ظهور خدمات إلكترونية متعددة ومتنوعة متصلة بنشاطات تجارية يمكن اقتناؤها عن بعد لم تكن ممكنة في الماضي القريب، كتوفير الخدمات البنكية والمصرفية والحكومية، فأصبحت وسيلة يمكن بيعها وشراؤها وتوزيعها، سواء تعلقت بخدمات ما بعد البيع كخدمات الصيانة والضمان عن بعد التي يمكن إجراؤها عندما تكون طبيعة المنتوج الإلكتروني تسمح بذلك كبرامج الإعلام الآلي، وفي هذه الحالة تعد هذه الخدمات من مستلزمات المنتوج المادي مرتبطة به، أو الخدمات القائمة بذاتها والتي تباع كمنتوج مستقل، كالاستشارات الطبية والقانونية والمالية أو أعمال الهندسة أو الحلول الرقمية الخاصة ببرامج الكمبيوتر أو تصميم موقع إلكتروني أو خدمات التصديق الإلكتروني أو غيرها. وتتخذ الإجراءات التقنية نفسها المستعملة في التكنولوجيا الرقمية حيث يتم تحويل الخدمة إلى بيانات رقمية تأخذ شكل رموز وحروف وأرقام تعتمد حينئذ على مفهوم التوقيع الإلكتروني كما سبق ذكره[2].

من أنواع هذه الخدمات الرقمية نذكر ما يلي:

1- خدمات شبكة الانترنت: إن اصطلاح **INTERNET** يقصد به شبكة الاتصالات الدولية و من أهم التعريفات التي قيلت عن شبكة الانترنت، أنها شبكة هائلة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الاتصال عبر العالم[3]، فهي شبكة اتصالات عالمية تربط بين عدد لا متناه من الحواسيب إما عن طريق خطوط الهاتف أو عن طريق الأقمار الصناعية في جميع أنحاء وأرجاء العالم وعلى مدار الساعة. فهي عبارة عن شبكة معلومات تتكون من عدة شبكات معلومات فرعية، إذ يتم توصيل اثنين أو أكثر من الحاسبات الآلية مع بعضها البعض لتصبح في صورة شبكة المعلومات التي تتضمنها هذه الحاسبات، إذا هي عبارة عن اتصال بين مجموعة من الحاسبات الإلكترونية "الكمبيوتر" من خلال شبكة اتصال متعددة أو أي وسيط لنقل المعلومات التي تشارك فيها المنظمات والمؤسسة الحكومية والأفراد الذين قرروا السماح للآخرين بالاتصال بحواسبهم ومشاركتهم المعلومات[4] فهي مجموعة هائلة من حلقات الوصل والاتصال بين عدد كبير جدا من أجهزة الكمبيوتر تستغل وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية لتربط النافذين إليها عبر أبواب لا متناهية. وقد ذهب البعض من الفقه إلى تعريفها بالنظر إلى خدماتها بأنها وسائل الاتصال المسموعة والمرئية في آن واحد ويرون أنها من وسائل الاتصال عن بعد، ذلك لأنها شبكة دولية تعمل بفضل البنية التحتية للاتصالات عن بعد[5].

---

[1]- فاطمة الزهراء ريحي تيوب، التوقيع والتصديق الإلكترونيين في ظل القانون 15- 04، المؤرخ في 1 فبراير 2015، مجلة حوليات، جامعة الجزائر 1، الجزء الثاني، العدد 29، جوان 2016، ص 316 -317.

[2]- جوجو يمينة، المرجع السابق، ص 139.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، ص 11.

[4]- عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 36.

[5]- عمر خالد زريقات، نفس المرجع، ص 37.

شبكة الانترنت هي شبكة مفتوحة ومتاحة للجميع دون استثناء ويمكن النفاذ إليها من كل مكان في العالم دون أي اعتبار للحدود الجغرافية، فهي توفر الاتصال والتفاعل وتحقق معنى المجلس الافتراضي لأي طرفين متصلين عبرها حتى أصبحت سوقا عاما تلتقي فيها الدول والهيئات والمؤسسات والتجمعات والشركات[1].

يتم الدخول إلى شبكة الانترنت بموجب عقد الاشتراك في الانترنت، وهو عبارة عن عقد يتم بين الشركة التي تقدم خدمة الاشتراك والعميل أو المشترك الذي يرغب في استخدام شبكة الانترنت، فبمقتضى هذا العقد يمكن للعميل من الدخول على شبكة الانترنت مقابل دفع اشتراك معين، كما هناك بعض متعهدي الوصل بالشبكة يعرضون كروتا بأرقام معينة يستطيع المشترك من خلال استخدمها للدخول على الشبكة.

الجزائر من البلدان المرتبطة بشبكة الانترنت ونظم المشرع الانترنت كنشاط اقتصادي مقنن بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998، المتضمن ضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها، المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، المتعلق بالنشاطات الاقتصادية المقننة التي تعتبر تحديدا لمبدأ حرية الاستثمار.

ولقد برز مصطلح الانترنت لأول مرة في القانون الجزائري في المادة 3 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993، المعدل بموجب الأمر 2001-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمارات (المادة 4) والمرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 9 ماي 2001، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية والكهربائية وعلى مختلف المواصلات السلكية واللاسلكية، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 ماي 2007 الذي جاء بتعريف بعض المصطلحات فقط[2].

من أهم الخدمات التي تقدمها شبكة الانترنت، نجد الخدمات الآتية:

أ- البريد الإلكتروني: المعروف باسم أي-ميل E-MAIL يخصص لكل مستخدم للانترنت عنوان إلكتروني يتم منه إرسال رسائل إلكترونية واستقبالها، وتنقل الانترنت مئات الملايين من هذه الرسائل في كل يوم.

يوفر مقدم خدمة الانترنت مجموعة من أرقام الهواتف المحلية التي يمكن للشخص عن طريقها الاتصال بالانترنت باستخدام جهاز حاسوب ومودام، يحافظ مقدم خدمة الانترنت على عناوين البريد الإلكتروني الخاصة بعملائه، ويوجه البريد الإلكتروني وطلبات الحصول على المعلومات المرتكزة على الانترنت من وإلى مستخدمها، ويدير خطوط الاتصال السريع التي تؤدي إلى تسريع جلسات العمل على الانترنت. فالبريد الإلكتروني لم يعد وسيلة لتبادل المعلومات والمراسلات فقط، بل أصبح وسيلة لإبرام العقود بطريقة إلكترونية وأيضا خدمة العملاء والمشاريع، بحيث يمكن استخدام الانترنت لتقديم أنماط جديدة من الخدمات عن بعد في مختلف المجالات منها التعليمية والسياحية، إجراء المناقصات، الاستثمار، البورصة، والأبحاث العلمية والقانونية وسائر العلوم والمعارف. إن اتساع نطاق الأعمال والخدمات على شبكة الانترنت يتيح للشخص أن يجول العالم بأسره ليحصل على ما يريد من مصادر المعلومات المختلفة من دون أن يبرح مكانه، الأمر الذي أدى إلى بروز عالم التجارة الإلكترونية التي تعد ثمرة للتطور التاريخي في مجال نظم الاتصال والمعلومات والخروج من إطار الأنشطة المادية إلى الأنشطة غير المادية التي كونت العالم الافتراضي، الأمر الذي أدى إلى وجود نوع من التحدي للمعارف العلمية المستقرة لدى علماء الاقتصاد والإدارة وفقهاء القانون وخبراء تقنيات الاتصال والمعلومات، ذلك لما يطرح من مشكلات جديدة والإلحاح على إيجاد حلول علمية لها.

---

[1]- عمر خالد زريقات، نفس المرجع، ص 38.

[2]- المرسوم التنفيذي رقم 98-257، المؤرخ في 25 أوت 1998، المتضمن ضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها، معدل ومتمم، ج. ر عدد 63 لسنة 1998، وعدد 60 لسنة 2000.

من مظاهر تطور الانترنت أنها أصبحت بمثابة سوق عالمي مفتوح لإجراء المعاملات التجارية على اختلاف أنواعها وكذا تمييز التعاقد عبرها عن التعاقد عن طريق الهاتف، لأن علاقة الحوار بين المتعاقدين تختفي لتحل محلها البرمجة الكاملة لكافة عمليات السلع والخدمات وبيان الأسعار والمواصفات، ذلك يتم عن طريق **CODE** وهو رقم خاص بكل سلعة لتظهر أمامه كافة المواصفات الخاصة بالسلعة المطلوبة[1].

ب - بروتوكول نقل الملفات **FTP**: هذا البروتوكول هو وسيلة تسمح للمستفيدين من الانترنت الوصول إلى الحواسيب الموجودة في أية بقعة من بقاع العالم والقيام إما بنقل ملفات منها إلى حواسيبهم الشخصية أو تحميل ملفات من حواسيبهم على الحواسيب الأخرى. تتوفر مئات خوادم **Servers** بروتوكول نقل الملفات منتشرة في أنحاء العالم وتحتوي على آلاف الملفات، وفي هذا الجانب يستطيع المستفيد الاستعانة بالآليات مثل **GOPHER**، ونظرا لوجود عالم من المعلومات على الانترنت على شكل نصوص، وصوت وصور متحركة وبرمجيات، فإن الكثير منها يمكن الحصول عليه مجانا، كما أن ليس جميع الحواسيب على الانترنت تسمح لأي واحد بالدخول إليها وأخذ الملفات منها[2].

ج - اللعب والتسلية: توفر بعض مواقع الانترنت الكثير من الألعاب بعضها مجاني والآخر بمقابل يتم الاشتراك فيه عن طريق بطاقة الائتمان، وهي تدخل في نطاق نشاط تجاري، وهذه الألعاب من الممكن لعبها فرديا أو جماعيا عن طريق عدة أشخاص وهو ما يسمى اللعب عن بعد[3].

تتعدد الخدمات التي يمكن ممارستها من خلال التجارة الإلكترونية، وهي: الخدمات المصرفية، والتأمين، والاستثمار، والعمل عن بعد (عمال المنصات الرقمية)[4] كالمحاماة والاستشارات القانونية والهندسية والتعليمية والرعاية الصحية والوساطة والسمسرة، بالإضافة إلى خدمات وكلاء السياحة التي تشمل حجز تذاكر السفر وتأكيد الحجز في الفنادق والمطاعم وزيارة المتاحف، وخدمات شركات البورصة وشركات الاستثمار، وخدمات الصحافة على الخط، وخدمات التأمين على الخط، وخدمات التسويق عن بعد، والتعليم عن بعد، كذلك خدمات الاتصال التي تشمل خدمات الوصول إلى الشبكة العالمية الدولية، عقد الإيواء، عقد الاشتراك في بنوك المعلومات، عقد إنشاء المتجر الافتراضي، عقد إنشاء موقع[5].

2- خدمات الصيانة عبر الانترنت: مكن الانترنت من تقديم بعض الخدمات عن بعد مثل صيانة برامج الحاسوب أو تثبيتها، سواء كانت خدمة ما بعد البيع مثل مواقع أنواع الحواسيب حيث لهم مواقع خاصة على الانترنت تسمح لزبائنهم الحصول على إرشادات وتحميل البرامج الخاصة والضرورية للحاسوب سواء مجانا أو بمقابل، حيث يتم الدفع باستعمال بطاقة الائتمان. كما وفر مواقع تقوم بتقديم خدمات متعددة مثل **maconfig.com** مخصص لجلب التعاريف وتحميلها لجميع الأجهزة، كما مكن الشركات العالمية من التواصل مع فروعها عبر العالم والتدخل في تثبيت أو صيانة قاعدة البيانات الخاصة بالشركة عن بعد، عن طريق تواصل فرق متخصصة عبر الانترنت، وذلك بالاستعانة بأحد البرامج المساعدة وأشهرها العملاق برنامج "تيم فيور" الذي يوفر القدرة على ذلك، كما أننا نستطيع عبره إرسال واستقبال الملفات بسرعة كبيرة بطريقة عملية نسخ ولصق[6].

---

[1]- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014-2015، ص 9 -10.

[2]- الدركازلي شذى سلمان، الانترنت، ثورة المعلومات والثقافة والتعليم آفاق الثقافة والتراث، عدد 66، سنة 1997، ص 13،43.

[3]- حقاص صونية، المرجع السابق، ص 47.

[4]- يشكل تنفيذ العمل عبر المنصات الرقمية نموذج اقتصادي جديد يتم فيه العمل حسب الطلب، ويعتمد على يد عاملة تتميز بالمرونة والجاهزية، كما أنها قليلة التكلفة، وتتحمل مخاطر نشاط العامل المستقل، ويلجأ له كل شخص طبيعي يمارس نشاطا مدنيا أو تجاريا لحسابه الخاص بصفة مستقلة من خلال أرضية رقمية تسمى "الضعسة" بغرض تقديم خدماته للغير، فيتعاقد ويحدد أتعابه وأوقات العمل بكل حرية وعادة ما يلجأ العامل لهذه الطريقة لممارسة نشاطه سواء لأول مرة أو حتى على سبيل التكرار بسبب صعوبات اقتصادية.

بن رجدال أمال، أي مركز قانوني لعمال المنصات الرقمية، مجلة حوليات، جامعة الجزائر 1، عدد 33، الجزء الثاني، جوان 2019، ص 25

[5]- منانى فراح، المرجع السابق، ص 32-36.

[6]- www .ma-config. com

الفرع الثالث: شرط مشروعية محل العقد الإلكتروني

شرط المشروعية هو من أهم شروط المحل في العقد الإلكتروني، إذ تجمع أغلب التشريعات، بما فيها المشرع الجزائري، الذي قرر أن التجارة الإلكترونية تمارس في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما، و منع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية تتعلق بما يأتي: لعب القمار والرهان واليانصيب، المشروبات الكحولية والتبغ، المنتجات الصيدلانية، المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية، كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به، كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي[1].

غير أنه تثار في مسألة مشروعية المحل في العقد الإلكتروني خاصية الطابع العالمي لشبكة الانترنت، فقد يكون المحل مشروعا في دولة معينة وغير مشروع في دولة أخرى، لأن فكرة النظام العام لا تكون على قدم المساواة في كل التشريعات الوضعية، فما الجدوى من المنع القانوني أو تلك القيود القانونية التي صاغتها التشريعات الوضعية لمحل العقد في ظل عالمية شبكة الانترنت والتعاقد الإلكتروني بشكل عام، لاسيما وأن التعامل عبر الانترنت لا يخضع لأي رقابة، مما أدى إلى تزايد حدوث تجاوزات كعرض برامج وصور وفيديوهات منافية للأخلاق وكذا الإعلان عن الأمور المحرمة شرعا والممنوعة قانونا، كالمخدرات والخمور والمنتجات الصيدلانية المحظورة ....إلى أخره[2].

لمواجهة هذا الإشكال كان من الضرورة وجود نوع من التنسيق الدولي بشأن شبكة الانترنت لأجل توحيد القوانين الوطنية وهناك من اقترح بعض الحلول جمعها في الآتي:

- اختيار قانون المشتري وجعله القانون المطبق على التعاقد الإلكتروني لتحديد مشروعية محله، وبالتالي يمكن للمستهلك أن يتحكم في إمكانيات استراد المنتجات المطلوبة وفقا لما يتماشى مع قوانين بلده وسواء كان القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد أو قانون دولة معينة فالأمر يتطلب رقابة دولة المشتري.

- وجوب قيام الشركات المنتجة بإخبار وتنبيه مستخدميها وزبائنها بأن اتصالاتهم وتعاقداتهم يمكن أن تكون محصورة بالنسبة لبعض القوانين تابعة لدول معينة ومحددة، وبالتالي في هذه الحالة على هؤلاء قطع اتصالهم بالمواقع الإلكترونية التي لا تخضع لهذه القوانين، ويترتب على ذلك أن المستخدم لن يجعل من نفسه مسؤولا وذلك بسبب الحظر المفروض على الاتصال بهم.

- تفعيل دور الجمارك في عملية مراقبة المنتجات محل الطلب والغير المشروعة إذا كانت مادية، لأن التسليم بشأنها يكون بطريقة مادية وخارج شبكة الانترنت. أما بالنسبة للمنتجات الغير المادية كبرامج معالجة المعلومات على الشاشة وكذلك الأسطوانات والأقراص والكتب والخدمات التي يمكن تسليمها عبر الخط، فهنا يجب خلق ما يعرف بشرط الانترنت عبر الشبكة تسهر على مراقبة وفحص السلع والخدمات ومدى مشروعيتها[3].

المطلب الثاني: حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني

من أبرز المشكلات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية التي تواجه المستهلك اليوم، نجد المبالغة في الدعاية، التي عادة ما تصاحب عرض السلع و/أو الخدمات، في السوق الإلكترونية التي تنعقد عبر فضاء الانترنت. وباعتبار أن المستهلك في مثل هذا التعاقد لا يتمكن من معاينة السلعة أو التعرف على الخدمة عن قرب ما يجعل هذا الأمر يؤثر بشكل واسع على توجه المستهلك، وقد يوقعه في مغالطة تضر بمصالحه.

---

[1]- المادة 3 من القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، المتعلق بالتجارة الالكترونية، ج ر عدد 28 لسنة 2018.
[2]- بن جيارة عباس، تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2013-2014، ص 289.
[3]- بن جيارة عباس، المرجع السابق، ص 290.

ومن ثم يظهر القول بحق المستهلك في العدول (المادة 23 قانون التجارة الإلكترونية الجزائري)، أو كما يسميه البعض الحق في التراجع عن العقد، كآلية حمائية إضافية للمستهلك الإلكتروني إلى جانب تلك المقررة في القواعد العامة. هذا الحق في العدول، يخول للمستهلك الإلكتروني العدول عن العقد بعد إبرامه بإرادته المنفردة خلال مهلة زمنية محددة إما قانونا أو اتفاقا دون تحمل أي مصاريف إضافية باستثناء نفقات رد المبيع.

ولا يرتبط الحق في العدول بحماية المستهلك الإلكتروني أو المستهلك المتعاقد عن بعد فقط، بل مرتبط وجوده بكل تشريع يهدف إلى حماية المستهلك لكن خصوصية العقد الإلكتروني تجعل الحق في العدول أكثر من ضرورة بالنسبة للمستهلك الإلكتروني؛ فهو يهدف بصفة أصلية إلى حماية رضا المستهلك مما قد يعلق به من عوامل المجازفة التي تؤدي إلى الندم، ويكون ذلك من خلال إعطائه مهلة إضافية للتروي والتدبير في أمر العقد الذي أبرمه تفاديا للأخطار التي قد تلحق به لتسرعه في التعاقد، كما يضمن هذا الحق للمستهلك وجود إرادة حرة ومستنيرة لا يشوبها أي عيب من عيوب الرضا كالغلط أو التدليس أو الإكراه. ولهذه الاعتبارات نتعرض لإقرار حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد (الفرع الأول)، و مجال تطبيق حق العدول وإجراءاته (الفرع الثاني) و آثار حق العدول (الفرع الثالث).

الفرع الأول: إقرار حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد

إن التشريع الجزائري خص حق العدول أو التراجع عن العقد بعدة تطبيقات في نصوص متفرقة، وبرز بقوة مع توجه المشرع لفرض حماية المستهلك. كما كرس المشرع الجزائري مؤخرا الحق في العدول بموجب القانون رقم 18-09 المؤرخ 10 يونيو 2018، المعدل والمتمم، لقانون حماية المستهلك وقمع الغش[1]. لبيان ماهية هذا الحق يتوجب تحديد المقصود به وتمييزه عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة له (أولا) كما يجب تحديد طبيعة هذا الحق لأهميته من الناحية القانونية للوقوف عند ذاتيته (ثانيا).

أولا: مفهوم حق العدول وتمييزه عن الأنظمة القانونية المشابهة

إن بيان ماهية الحق في العدول عن العقد، باعتباره آلية حمائية للمستهلك الإلكتروني، يقتضي التطرق لتعريف هذا الحق من وجهة نظر الفقه والتشريع (أ) ثم تمييزه عن الأنظمة القانونية المشابهة له (ب).

أ- تعريف حق العدول عن العقد

من أشهر تعاريف حق العدول عن العقد، التعريف الذي تقدم به الفقيه جيرار كورني **G. Cornu**، حيث الذي عرفه بأنه: "تعبير عن إرادة معاكسة بمقتضاها يقصد صاحب تصرف أو تعبير بإرادة منفردة الرجوع عن إرادته وسحبها وكأنها لم تكن من أجل إفراغها من كل أثر في الماضي والمستقبل"[2].

يظهر من خلال هذا التعريف أن لحق العدول عن العقد ثلاثة عناصر لا يتصور قيامه بدونها[3]: من ناحية أولى تصرف قانوني بإرادة منفردة، وهو من ناحية ثانية يفترض وجود تعارض بين الإرادتين اللاحقة والسابقة الصادرتين عن نفس الشخص، وهو من ناحية ثالثة يهدف إلى إفراغ الإرادة السابقة من كل أثر قانوني.

---

[1]- القانون رقم 18-09 المؤرخ في 10 يونيو سنة 2018، يعدل ويتمم القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر 35 لسنة 2018.

[2] - G ; Cornu, Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, Point Delta, 2011, P 729.

[3]- شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1، 2015-2016، ص 322.

- حق العدول تصرف قانوني بإرادة منفردة:

بمعنى أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، لذلك يشترط فيه ما يشترط في التصرف القانوني من أهلية للتصرف وإرادة خالية من العيوب، وهو من هذه الزاوية يظهر أنه تعبير عن الإرادة في التراجع عن قرار سابق اتخذه المستهلك دون تبصر تحت تأثير أساليب الإغراء والإشهار.

- حق العدول تعبير عن إرادتين متعارضتين:

وهذا العنصر، في حقيقة الأمر، يشكل جوهر حق الرجوع، لأنه يقوم على فكرة وجود تعارض بين تعبيرين إراديين صادرين عن نفس الشخص، بحيث لا يمكن التوفيق بينهما، فالأول جاء تحت تأثير الإغراء والإشهار فقاد صاحبه إلى التعاقد، في حين أن الثاني جاء بعد مهلة تفكر وتدبر فكان من نتيجته العدول عن التعبير الأول.

- حق العدول إفراغ للتعبير الأول من كل أثر قانوني:

إن استبدال الإرادة الجديدة محل الإرادة الأولى هو محو لهذه الأخيرة وآثارها، وبهذه الخاصية يتميز حق العدول عن التبادل العادي للإرادة الموجّهة نحو المستقبل، والمبرّر بظروف جديدة لا تشترط بالنسبة للماضي نفي الإرادة السابقة المعبّر عنها، ففي مثل هذه الحالة الأخيرة لا يوجد استبدال، وإنما تعاقب في الزمان لإرادتين مختلفتين لا تقصي فيه الإرادة الثانية الإرادة الأولى. غير أن هناك من يرى أن هذه العناصر الثلاثة تمثل خصائص حق العدول، وهي تعبّر عن: الأحادية، وعدم المطابقة، والإحلال. حيث الأحادية تتقرّر لصالح أحد طرفي العقد فقط وليس لصالحهما معا، فالمشرع قصد من تنظيم هذا الحق إفادة المستهلك الذي تسرّع في إبرام أحد عقود الاستهلاك. كما يتميز هذا الحق بعدم المطابقة بين التعبير الأول عن الإرادة وبين الإرادة الثانية للمستهلك، فالأخيرة تمحو الأولى إذا لم يكن من الممكن الجمع بينهما في آن واحد. وأخيرا يتميّز حق العدول حسب هذا الرأي بالإحلال، حيث تحل الإرادة اللاحقة للمستهلك محل إرادته السابقة فيؤدي حق العدول أيضا لانحلال الرابطة العقدية وتجريدها من آثارها القانونية سواء في الماضي أو في المستقبل[1].

لم ينشغل المشرع الجزائري بتعريف حق العدول أو التراجع عن العقد في القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية[2] لكن هذا القانون مكن المستهلك الإلكتروني من إرجاع السلعة إلى المورد الإلكتروني في غلافها الأصلي في حالة ما إذا كانت غير مطابقة للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا خلال مدة أقصاها أربعة أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج مع الإشارة إلى سبب الرفض (المادة 23 الفقرة الثانية). على خلاف هذا القانون فإن القانون المتعلق بحماية المستهلك رقم 18-09، وبموجب المادة 19 الفقرة الثانية عرف المشرع العدول بأنه حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب. وقرر في الفقرة الموالية من نفس المادة وضع ضوابط لهذا العدول بتأكيده على أن شروط وكيفيات ممارسة هذا الحق وكذا آجال وقائمة المنتوجات المعنية تحدد عن طريق التنظيم. الملاحظ أن المشرع الجزائري في هذا القانون استعمل اصطلاح "التراجع" عند تعريفه لحق العدول في حين في نصوص قانونية أخرى منظمة لهذا الحق استعمل اصطلاح "العدول" مثل ما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القروض الإستهلاكية[3]، و تنطبق هذه الملاحظة أيضا على التشريع الفرنسي، الذي استعمل عدة مصطلحات للدلالة على نفس المضمون، ففي المادة 311-15 من قانون الاستهلاك استعمل مصطلح **revenir sur son engagement** وفي المادتين 121-64 و 444-8 من قانون التربية استعمل مصطلح **résilier le contrat** وفي المادة 121-25 من قانون الاستهلاك استعمل مصطلح **renoncer**.[4]

---

[1]- مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، دار النهضة العربية، مصر 2012، ص40.

[2]- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو سنة 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر عدد 28 لسنة 2018.

[3]- المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 12 مايو سنة 2015، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج.ر عدد 24 لسنة 2015.

[4]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص323.

مهما تنوعت المصطلحات للدلالة على مضمون هذا الحق فيما إذا كان رجوع أو عدول فإن تحديد اللفظ المناسب استخدامه للتعبير عن هذه الوسيلة ليس مهما كثيرا، وإنما المهم هو الوسيلة في حد ذاتها التي من شأنها أن تهدف إلى زوال العقد بأثر رجعي، أي إعادة الأطراف المتعاقدة إلى الوضع الذي كانوا عليه قبل التعاقد عند ممارسة هذا الحق.

ب- تمييز حق العدول عن الأنظمة المشابهة له

الثابت من نص المادة 106من القانون المدني الجزائري أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون. والعبارة الأخيرة هي التي تهم بحثنا أي عبارة - للأسباب التي يقررها القانون أو بتعبير آخر بمقتضى نص القانون- حيث أن كثير من التشريعات نصت على حق العدول لحماية المستهلك بشكل صريح، لذا رأينا أنه من الضروري تمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له.

ب/1- تمييز حق العدول عن شرط التجربة

نصت المادة 355 من القانون المدني على أنه: "في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا. يعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ".

يتضح من خلال هذا النص أن البيع على شرط التجربة يكون عادة عندما يشترط المشتري على البائع أن يجرب المبيع ليتبين صلاحيته للغرض المقصود منه ويستوثق من أن المبيع هو الشيء الذي يطلبه ولا يكون مجرد الرؤية للمبيع كافيا للتوثق من ذلك[1]، لذا يتضح بأن شرط التجربة يتعلق بركن المحل فيجري المشتري فحص المبيع وتجربته والتأكد من مدى ملاءمته مع الغرض المقصود منه أو مطابقته لمواصفاته الشخصية. في حين أن حق العدول عن التعاقد ينصب ويتعلق بركن رضا المستهلك لحمايته من ضعف خبرته ومعرفته، كما أن حق العدول يمارس دون أن يشترط المشتري ذلك، فهو مقرر بنص القانون كما لا يخضع لرقابة القضاء ولا حاجة لتبرير ذلك فهو يتوقف على إرادته، أما البيع بشرط التجربة فهو ينصب على التأكد من مدى ملائمة المبيع للغرض المقصود منه ومن ثم فهو يخضع إلى تبرير وبيان الأسباب وبالنتيجة يكون القول للقضاء بعد رأي الخبراء. من ناحية أخرى فإن شرط التجربة محصور النطاق في البيع، فهو بيع على شرط التجربة، في حين أن نطاق حق العدول واسع، إذ يشمل مثلا في التشريع الجزائري: التأمين على الأشخاص، والقرض الاستهلاكي، ويشمل مثلا في التشريع الفرنسي: التعليم عن بعد، والسمسرة الزوجية[2].

ب/2 - تمييز حق العدول عن العقد المعلق على شرط

وجد جانب من الفقه بخصوص التكييف القانوني لحق العدول الإلكتروني ضالته في فكرة الشرط، بمعنى أن العقد يعد منعقدا منذ الاتفاق عليه، لكنه معلقا على شرط واقف هو اختيار المستهلك إمضاءه بعد فوات مدة التروي، أو معلقا على شرط فاسخ وهو اختياره سحب الرضا خلال هذه المدة في حالة إبقاء القبول الصادر خلال هذه المدة صحيحا منتجا لآثاره[3] بعبارة أخرى أن الشرط الواقف المعلق عليه نفاذ العقد يكون رضا المستهلك الغير نهائي، ويكون نهائي بعد مضي المدة وسقوط حقه في العدول إذ ينفذ العقد وتترتب عليه آثاره منها نقل الملكية. أما الشرط الفاسخ المعلق عليه زوال العقد فإن العقد يرتب آثاره جميعها منذ انعقاده ولكنه يزول باستعمال المستهلك خياره بالعدول.

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 130.
[2]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 330.
[3]- مصطفى محمد جمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2002، ص221.

وإذا كان كل من الشرط والأجل أمرا مستقبلا إلا أن الفرق الجوهري بينهما موجود من حيث أن الشرط من الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام بعد تكوين العقد لا أثناء تكوينه. ويقول جانب من الفقه[1] أن فكرة الشرط لا تصلح لتقديم تفسير للوضع الناشئ عن فترة التروي والتدبير الممنوحة لمستهلك المنتجات والخدمات الإلكترونية في التشريع في أي من صورتيها، ففكرة الشرط تعبر عن أمر خارج عن العقد يعلق عليه الطرفان وجوده بينما العدول الناشئ عن مدة التروي والتدبر يتعلق بالتراضي المكون للعقد ذاته وليس بأمر خارج عنه ومضاف إليه.

ب/3- تمييز حق العدول عن العقد غير التام

هناك من رأى[2] أن هناك مرحلتين لتكوين الرضا فبعد مضي فترة العدول أو الرجوع تبدأ المرحلة الثانية التي يكتمل بها وجود العقد، أي أن العقد لا يولد نهائيا طالما فترة العدول لم تنته بعد، وإذا لم يشأ المستهلك تأكيد رضاه بالعقد أو سحب موافقته خلال فترة التروي فإنه يحول دون تمام تكوين عقد ملزم. إن هذه المهلة هي التي تحدد رضاء المستهلك فإن انقضاء فترة التفكير قرينة قانونية على صدور الإرادة النهائية وانعقاد العقد بها.

إن هذا الرأي لا يمكن قبوله من حيث جعل الرضا يتكون على مرحلتين، لأن هذا يتعارض مع القواعد العامة التي تنص على انعقاد العقد بمجرد التقاء الإيجاب بالقبول. أسس جانب من الفقه حق العدول في بادئ الأمر على القول بفكرة التكوين المتدرج للعقد الإلكتروني على أساس أن عقود الاستهلاك لم تعد تتكون في اللحظة نفسها المتمثلة بلحظة قبول المستهلك، بل صار يتم تكوين العقود من خلال تصرفين يقوم بهما المستهلك؛ أولهما هو قبول العقد، والثاني تأكيده لهذا القبول الذي يؤدي إلى تكوين العقد بالنقر مرة ثانية على الأيقونة المناسبة، فإذا لم يشأ تأكيد رضائه الذي أصدره خلال مدة التروي وعدل عن موافقته فإنه يحول بذلك دون تمام تكوين عقد ملزم. ويبرر الفقهاء رأيهم بأنه لا يتناقض ذلك مع مبدأ القوة الملزمة مادام العدول يحدث في وقت لم يكن فيه العقد أبرم بعد.

غير أن فكرة التكوين المتدرج للعقد لا تستجيب لنصوص القانون في كثير من الحالات، فنصوص القانون تتحدث دائما عن إبرام العقد وعن توقيعه وما يتضمن من بيانات منذ لحظة قبول المستهلك للإيجاب الموجه من المورد الإلكتروني فالمشرع يعتبر العقد منعقدا وقائما بالفعل.

في حين ذهب رأي آخر من الفقه إلى القول أن العدول الممنوح للمستهلك من قبل المشرع لا يؤثر في العلاقة التعاقدية شيئا وأن العقد يكتمل وجوده بمجرد توافر شروطه وأركانه.

وهنا يكون المستهلك صاحب الحق في العدول عن عقد قد أبرمه فعلا وأصبح تاما ونافذا، ولكن يستطيع بإرادته المنفردة العدول عن هذا العقد خلال المهلة المحددة قانونا أو اتفاقا، وكل ما في الأمر ان المشرع منح المستهلك حق العدول لحكمة شاءها المشرع وهي حماية المستهلك من تسرعه في التعاقد.

ب/4- تمييز حق العدول عن العقد غير اللازم

يرى بعض الفقهاء[3] أن العقد لا يصير باتا إلا بعد فوات مدة العدول وأن الأساس القانوني للحق في العدول يكمن في فكرة العقد غير اللازم، لأن المشرع بإقراره وتنظيمه حق العدول في حالات معينة بنص تشريعي ولمن تقرر له هذا الحق حتى يتم التوفيق بين القوة الملزمة للعقد والعدول فيه.

---

[1]- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2003، ص203.

[2]- أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة التاسعة عشر، العدد 03، 1995، ص227.

[3]- محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2005، ص 141.

هذه الفكرة لم تسلم أيضا من النقد، إذا اعتبرنا أن عقد البيع في أول الأمر عقد غير لازم خلال فترة العدول، وبعد مضي فترة العدول ينتهي العقد ذاته إلى عقد لازم، يعني ذلك أن للعقد طبيعتين مختلفتين ومتعارضتين، فهو أول الأمر عقد غير لازم ثم يتحول بعد ذلك إلى عقد لازم وهذا القول غير مقبول كون صفة اللزوم أو عدم اللزوم يجب أن تكون صفة ابتداء وانتهاء، فإما أن يكون عقد لازم أو عقد غير لازم ولا يمكن أن تجتمع الصفتان في عقد واحد، خصوصا أن من خصائص حق العدول عن العقد أن لا يرد إلا على العقود اللازمة ومن ثم لا يمكن تحويلها إلى عقود غير لازمة بمجرد اقترانها بحق العدول، إذ أن اللزوم وعدم اللزوم صفتان مستقلتان عن بعضهما يتصف بأحدهما كل عقد من العقود بعد نفاذه ولا يمكن أن تجتمعان في العقد الواحد إذ أن الأصل في العقود اللزوم، وأن صفة عدم اللزوم تكون لبعض العقود حسب طبيعتها[1].

ب/5- تمييز حق العدول عن إنهاء تصرف قانوني بإرادة منفردة

هناك أوجه للشبه بين حق العدول عن التعاقد وإنهاء تصرف قانوني بإرادة منفردة، إذ أن العدول والإنهاء يمارسان بالإرادة المنفردة ودون الحاجة إلى إقامة دعوى أو بيان الأسباب للعدول، ونص القانون على ذلك في عقود كثيرة منها على سبيل المثال الوكالة، حيث يجوز للموكل في أي وقت بإرادته المنفردة أن ينهي عقد الوكالة على أن يلتزم بتعويض للوكيل إذا كنت الوكالة بأجر عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول (المادة 587 قانون مدني جزائري).

غير أن نقاط الاختلاف بين حق العدول والإنهاء بالإرادة المنفردة تكمن في أن مبررات حق العدول، كما سبق القول، جاءت لحماية الطرف الضعيف في العقد الإلكتروني، ألا وهو المستهلك، أمام الطرف المحترف في العقد الإلكتروني، وهو المورد الإلكتروني، أما الإنهاء فلم يشرع لذلك إنما يعود إلى طبيعة العقود التي يرد عليها كالعقود الزمنية غير محددة المدة والعقود الفورية. كما أن حق العدول عن التعاقد عند ممارسته يجعل من العقد الإلكتروني كأن لم يكن أي يكون له أثر رجعي، أما الإنهاء فيكون له أثر مباشر للمستقبل دون الماضي.

ب/6- تمييز حق العدول عن البطلان والفسخ

إن حق العدول عن العقد الإلكتروني من شأن ممارسة المستهلك له أن يؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي، أي العودة إلى مرحلة ما قبل إبرام العقد، فيصبح كأن لم يكن، غير أن هذا الوضع لا يقتصر على العدول عن العقد وإنما هناك نظريات متعددة أخرى لزوال العقد معروفة في القانون الوضعي تقترب من حق العدول كنظرية البطلان ونظرية الفسخ.

فالبطلان هو وصف قانوني للعقد وهو أيضا جزاء يرتبه القانون على تخلف ركن من أركان العقد كانعدام الرضاء أو المحل أو السبب أو أن هذا الأخير مخالفا للنظام العام والآداب العامة[2].

يتميز البطلان عن حق العدول عن العقد في كون هذا الأخير، العقد يكون منعقدا، وترتبت عنه آثار إلا أنه يزول بإرادة المستهلك، في حين البطلان يكون العقد باطلا من حيث وجوده وآثاره. ومن جانب آخر يتميز العدول عن البطلان من حيث أن البطلان يتمسك به كل ذي مصلحة بينما يتقرر حق العدول عن العقد للمستهلك دون سواه، كما يتصل البطلان بالمصلحة العامة في حين يتصل حق العدول عن العقد الإلكتروني بالمصلحة الخاصة، و حق العدول أيضا غير قابل للتجزئة إما أن يعدل المتعاقد عن العقد تماما أو يمضي بالعقد بشكله الكامل، أما في البطلان ولغرض استقرار المعاملات يمكن استثناء أن يشمل البطلان جزء من العقد كما في حالة إنقاص العقد وكذلك فيما يخص تحول العقد، إلا أن البطلان وحق العدول يتشبهان في النقاط الآتية:

---

[1]- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر 2004، ص 66.
[2]- العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008 ، ص 96.

من حيث النتيجة المترتبة وهي زوال العقد، فالبطلان وحق العدول يجعلان العقد منتهيا ولا وجود له. كما أنهما تسري عليهما مهلة السقوط المحددة قانونا، وكليهما لا يرتب أي تعويض عند تقرير البطلان أو العدول[1].

ونجد أن التقارب بين حق العدول والبطلان النسبي يكون أقرب نوعا ما عن البطلان المطلق حيث أن كلا العقدين قائم ومنتج لآثاره، وكليهما يزيل العقد بأثر رجعي، وكلا الحقين خاص يتمسك به صاحبه[2] غير أنهما يختلفان في كون العقد القابل للإبطال يكون عندما تكون إرادة أحد المتعاقدين معيبة بعيب من عيوب الإرادة، كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال أو نقص الأهلية، ويتعين على صاحب المصلحة رفع دعوى إبطال العقد أمام المحكمة، في حين أن حق العدول عن العقد الإلكتروني يكون فيه رضا المستهلك صحيحا ولا يتطلب أي إجراء قضائي من قبل المستهلك.

حيث التشابه بين حق العدول والفسخ نجد أن كلا منهما يعيد الطرفين إلى مرحلة ما قبل إبرام العقد وبأثر رجعي، وأنهما يمارسان بالإرادة المنفردة وخلال مرحلة ما بعد إبرام العقد ودون حاجة إلى حكم قضائي، كما في الفسخ الاتفاقي، وأن كلا من حق العدول والفسخ مقرر بنص القانون.

أما أوجه الاختلاف بين حق العدول والفسخ فبالإمكان إجمالها في كون حق العدول يمارسه المستهلك بمحض إرادته دون أن يكون هناك إخلال من الطرف الثاني، أما في الفسخ فلا يمكن ممارسته إلا عند الإخلال وعدم تنفيذ الالتزام من الطرف الثاني، من ثم فإن الأخير له معنى الجزاء دون الأول. كما أن الغرض من حق العدول عن العقد الإلكتروني هو حماية المتعاقد مما يلحق رضاءه من مؤثرات ومغريات أو التسرع لعدم خبرته والذي يجعل رضاءه غير سليم وكامل، أما الغرض من الفسخ فهو أن مقتضيات العدالة تدفع الضرر عن المتعاقد بعد تقرير الفسخ. كما أن حق العدول عن العقد الإلكتروني لا يتضمن العدول الجزئي عن العقد أما في الفسخ فيمكن فسخ الجزء الذي لم يتم تنفيذه دون الجزء المنفذ. وأخيرا فحق العدول محدد بفترة زمنية غالبا ما تكون قصيرة، أما الفسخ فيمتد لفترة طويلة إلى أن يسقط بالتقادم[3].

ثانيا: الطبيعة القانونية لحق العدول عن العقد

إذا كان العدول عن التعاقد يعتبر تصرفا قانونيا يقع بإرادة المستهلك المنفردة ويعبر عن قدرته على نقض العقد، فهل يعد هذا العدول حقا؟ وإذا عدّ حق فهل يعتبر حقا شخصيا أم حقا عينيا أم أنه مجرد رخصة لا يرتقي إلى مرتبة الحق؟ وإذا تعذر وصفه بالحق فما هي طبيعته القانونية؟

اختلف الفقه بصدد بيان الطبيعة القانونية لحق العدول، فقد ذهب رأي في الفقه[4] إلى القول بأنّ حق العدول وإن كان يتم بالإرادة المنفردة إلا أنه لا يعد حقا بمعناه الدقيق، لأن الحق في إطار المعاملات المدنية إما أن يكون حقا شخصيا أو حقا عينيا، فهذا الحق لا يعد حقا شخصيا بحسب مفهوم هذا الحق الذي يتمثل في علاقة اقتضاء بين الدائن والمدين، فالدائن لا يستطيع الحصول على حقه إلا بواسطة تدخل المدين. كما لا يعد حقا عينيا يخول لصاحبه سلطة على شيء، لأن العلاقة في الحق العيني هي علاقة تسلط لصاحب الحق على الشيء محل الحق، فالعلاقة مباشرة وواضحة، بينما أنّ الحال في إطار العدول الإلكتروني مختلف فلا مكانة لهذه العلاقة حيث أن المستهلك الإلكتروني بإرادته المنفردة يتمكن من إنهاء العقد دون أنّ يحتاج ذلك إلى أي تدخل من جانب المورد الإلكتروني المتعاقد معه، لأن حق المستهلك الإلكتروني في العدول لا يخوله السلطة على شيء بل يمنحه إمكانية إنهاء العقد الذي سبق وأن ابرمه هذا من جهة.

---

1. حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني، دكتوراه، مرجع سابق، ص 156.
2. حوحو يمينة، المرجع السابق، ص157.
3. وليد خالد عطية وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، ص950 -951.
https://www.researchgate.net/publication/311575726_mfhwm_alkhyar_alqanwny_llmsthlk_fy_aldwl_n_alqd

4. منصور حاتم محسن، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، كلية القانون، جامعة بابل، العدد 02، السنة الرابعة، ص6.
https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://www.uobabylon.edu.iq/publications/law_edition8/article_ed8_2.doc

ومن جهة أخرى إذا لم يكن عدول المستهلك حقا فهو ليس رخصة، لأن الرخصة هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات، والحرية لا تقتصر على شخص أو أشخاص معينين بل تثبت لجميع الناس على حد سواء، كحرية العمل وحرية التعاقد وحرية التنقل، في حين حدد القانون الطرف المستفيد من حق العدول الإلكتروني وهو المستهلك الإلكتروني ويستعمل في مواجهة المورد الإلكتروني كما قيد استعمال حق العدول بمدة معينة تنقضي إمكانية استعماله بمضي هذه المدة. لذا فإن حق العدول لا ينتمي لا إلى الحقوق الشخصية ولا إلى الحقوق العينية، وإنما ينتمي إلى طائفة أخرى من الحقوق ظهرت حديثا وهي الحقوق الإرادية المحضة التي يترك استعمالها لمحض تقدير صاحب الحق دون الخضوع في استعمالها لرقابة القضاء، فهي حقوق مطلقة لا تخضع لأحكام التعسف في استعمال الحق[1].

غير أن هناك من رأى أنه لا يوجد حق تقديري مطلق من كل قيد أو ضابط، فالواقع أن كون الحق في العدول حقا تقديريا لا يعني أنه مطلق، بل يخضع كغيره لمبدأ حسن النية الذي يرتب نتيجة هامة وهي عدم تعسف المستهلك في استخدامه لهذا الحق، على أنه لا يمكن اعتبار المستهلك متعسفا في مباشرة حق العدول لمجرد تقديره الشخصي بعدم تناسب العقد مع مصالحه وإمكاناته المالية على سبيل المثال. وما يبرر الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق في مجال حق العدول أن المستهلك قد يستعمل هذا الحق في وقت غير مناسب، وخاصة إذا كان قد تسلم محل العقد واستعمله خلال مهلة العدول، الأمر الذي يؤدي لانتقاص قيمته على نحو يلحق الضرر بالمورد الإلكتروني[2].

وهناك من يرى أن الطبيعة القانونية لحق العدول عن العقد ليس حقا كما أنه ليس رخصة وإنما هو منزلة ومرتبة وسطى بين الرخصة والحق وهذه المنزلة تعد مركز قانوني يمكن صاحبه من إحداث أثر قانوني بمحض إرادته، وهذا الأثر يتمثل بإنهاء العلاقة العقدية وهذه المنزلة الوسطى سميت بالمكنة القانونية تخول صاحبها سلطة أكثر من الرخصة وأقل من الحق[3].

أيا كانت الآراء التي طرحت في بيان تحديد الطبيعة القانونية لحق العدول نرى أنه حق خالص للمستهلك يمارسه بإرادته المنفردة ودون الرجوع إلى القضاء ودون حاجة لتبريره وهو ما أكده المشرع الجزائري من خلال المادة 19 الفقرة الثانية من القانون رقم 18-09 المتعلق بحماية المستهلك بذكره عبارة - دون وجه سبب -. من خلال هذا التأكيد نرى أن حق العدول عن العقد هو أداة تشريعية تلعب دورا أساسيا في حماية المستهلك الذي يتعاقد في الغالب دون تمهل وتروي ودون إمكانية حقيقية لمناقشة شروط التعاقد ويخضع لتأثير الإعلان وما يحمله بين طياته من ضغط وحث على التعاقد، حيث أن القوة الملزمة للعقد تثبت للعقود الصحيحة النافذة ما لم يقرر المشرع أو الاتفاق خلاف ذلك وفي عقود الاستهلاك نص المشرع بخلاف المبدأ الذي يثبت القوة الملزمة للعقد بأن أعطى للمستهلك حق العدول خروجا عن المبدأ العام اقتضته حماية المتعاقد الضعيف عموما وهو المستهلك وعلى وجه الخصوص المستهلك الإلكتروني حتى يتاح له فرصة كافية لأن يتخذ قرارا صائبا. وهذا يمثل بلا شك ضمانة للمتعاقد الضعيف إذ يستطيع التراجع عما تعهد به خلال المهلة المحددة قانونا أو اتفاقا[4].

يمكن تسجيل حق العدول أو التراجع ضمن علاقات عدم المساواة التي يعمل القانون على التخفيف من حدتها، ولكن على خلاف ميكانيزمات أخرى، حيث لا يقع تدخل المشرع في مرحلة تكوين العقد ولكن في تنفيذه، وعلى هذا الأساس يعد حق العدول مكنة قانونية غير مألوفة في القواعد العامة تمنح للطرف الضعيف ترتكز أساسا على حق هذا الأخير في أن يقرر بصورة تقديرية محضة تأكيد العقد أو وضع نهاية لوجوده.

1- لكن يبدو أن هذا التحليل لا يصدق على حق الرجوع على التعاقد في التشريع الجزائري، خاصة بعد تعديل القانون المدني سنة 2005، ذلك أن المادة 124 مكرر منه جعلت التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ التقصيري ومن ثم فقد حصرته في المجال التقصيري دون المجال العقدي، مما يعني أنه لا ينطبق على حق الرجوع المعروف في عقود الاستهلاك. يضاف إلى هذا أن إخضاع حق الرجوع إلى أحكام التعسف يعني بالضرورة منح الفرصة للمحترف للجوء إلى القضاء مما يؤدي إلى إفقاد هذا الحق كل فائدة ترجى منه، وهو يتعارض مع الغاية التي توخاها المشرع من وراء تقنينه هذا الحق.
شوقي بناس، المرجع السابق، ص 352.

2- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 352.

3- وليد خالد عطية وعباس الصمد عباس، المرجع السابق، ص 907.

4- محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص107.

وهو بهذا الشكل مثالا حيا لعدم التماثل الذي يمكن للقانون أن ينشئه بين الأطراف المتعاقدة بالنسبة للتحكم الشكلي في العنصر الزمني للعقد، وهو ما يسمح أخيرا بتعريف حق العدول بأنه تعبير أصيل لإرادة تقديرية وأحادية للمستهلك في وضع نهاية لوجود عقد[1]، ويندرج بالتالي حق العدول ضمن الوسائل الفنية التي يلجأ إليها المشرع في إطار ما يسمى بالسياسة التشريعية لمعالجة أوضاع ما أفرزتها الحياة الاقتصادية والاجتماعية. فهو وسيلة فنية أصيلة لجأت إليها تشريعات الاستهلاك في مرحلة تنفيذ العقد من أجل إعادة التوازن المفقود بين طائفتين المستهلكين والمهنيين، وهو وسيلة غير مألوفة في القواعد العامة، وكونها جاءت خارقة لمبدأ القوة الملزمة للعقد لا يعد أمرا مستغربا إذا علمنا أن تشريعات الاستهلاك منذ بروزها في الحياة القانونية، قد لعبت دورا مؤثرا في المبادئ الكلاسيكية التي تحكم العقد، سواء في مرحلة تكوينه أو في مرحلة تنفيذه. فالتطور الذي لحق وسائل الإنتاج وتنوع السلع والخدمات وتعقدها وما يستخدم لترويجها من وسائل الدعاية، أدى إلى عدم كفاية القواعد العامة للعقود لتوفير الحماية الكافية للطرف الضعيف في العقد ونعني بذلك المستهلك. ولعل ذلك هو ما استدعى الخروج على هذه القواعد بالقدر اللازم لتحقيق تلك الحماية، ويعد حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد أكثر الوسائل التي تحقق التوافق بين ظروف التعاقد المعاصرة والقواعد المنظمة لذلك التعاقد[2].

الفرع الثاني: مجال تطبيق حق العدول وإجراءاته

تتطلب دراسة مجال تطبيق الحق في العدول عن العقد تحديد مجال تطبيقه من حيث الأشخاص والمعاملات والاستثناءات الواردة عليه (أولا)، ومن أجل إعطاء حق العدول فعالية كبيرة عملت تشريعات الاستهلاك على تبسيط كيفية إجرائه (ثانيا).

أولا: مجال الحق في العدول والاستثناءات الواردة عليه

دراسة مجال الحق في العدول واستثناءاته تستدعي تحديد أطراف العلاقة الاستهلاكية والمحل الذي يرد عليه هذا الحق أي المعاملات (أ) ثم الاستثناءات الواردة عليه (ب).

أ- من حيث الأشخاص والمعاملات

يتحدد نطاق حق العدول من حيث الأشخاص بين المستهلك صاحب هذا الحق والمورد الإلكتروني الذي يتحمل هذا الحق، كما يمتد تطبيقه من حيث المعاملات إلى كل العقود التي يكون محلها بيع أو أداء خدمة بواسطة التعاقد الإلكتروني عن طريق الاتصالات الإلكترونية/الانترنت.

أ/1- من حيث الأشخاص

- المستهلك صاحب الحق في العدول

إن المستهلك هو المحور الذي تدور حوله تشريعات الاستهلاك لهذا كان من المهم جدا تحديد مفهومه، ولذلك بادر المشرع الجزائري إلى تعريف المستهلك الذي يتعامل بطريقة تقليدية مع المهني في ثلاث مناسبات، هي: في المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش[3] ثم في القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية[4]، و في القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[5].

كما عرف المشرع الجزائري مؤخرا المستهلك الإلكتروني في قانون التجارة الإلكترونية السابق الذكر بموجب المادة السادسة الفقرة الرابعة، بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي".

---

[1]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 364.
[2]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 100.
[3]- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 يناير سنة 1990 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش، ج.ر عدد 05 لسنة 1990.
[4]- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر عدد 41 لسنة 2004.
[5]- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر عدد 15 لسنة 2009.

- المورد الإلكتروني

عرفت المادة السادسة الفقرة الرابعة من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري المورد الإلكتروني، بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية". هذا التعريف يختلف عن التعريف الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 3 فقرة 7 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الذي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك، في حين تعريف المورد الإلكتروني يقتصر على المورد الإلكتروني الذي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع والخدمات.

أ/2- من حيث المعاملات

نتيجة لتواتر التشريعات المنظمة للحق في العدول عن العقد، أصبح هذا الحق متاحا في كل العقود التي تتم عن بعد بما فيها العقود التي يكون محلها أداء خدمات وهذا بعدما كان هذا الحق قاصرا في بداياته على بعض العقود دون غيرها. وباستقراء نصوص مواد التوجيه الأوروبي رقم 97-07 المتعلق بالتعاقد عن بعد وأحكام تقنين الاستهلاك الفرنسي المضافة إلى هذا التقنين بالمرسوم رقم 2001-741، يلاحظ أن حق المستهلك في العدول عن العقد يشمل كل عقود البيع وعقود الخدمات التي تتم بوسائل اتصال إلكترونية[1].

ثار خلاف في الفقه المصري حول مدى تخويل المستهلك رخصة الرجوع في العقود التي يكون محلها تقديم خدمة معينة، كالخدمات التي تعرض من خلال القنوات التليفزيونية مثل خدمات السياحة والفندقة وتذاكر المسرح ...وغيرها. حيث ذهب رأي إلى القول بمساواة مستهلك الخدمة مع مستهلك المنتوج أي السلعة، إذ يحق العدول في الخدمة المقدمة إذا وجدها المستهلك غير ملائمة، لأن الأحكام المنظمة لهذا الحق تمتد إلى مجال الخدمات[2] وأما رأي آخر فذهب إلى القول بأن عملية إرجاع الخدمة إلى من قدمها تثير صعوبة في إرجاعها، خاصة إذا كان المستهلك قد استفاد منها قبل العدول[3] وهذا الرأي يتماشى مع ما سلكه المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية حيث نص في المادة 23 على إعادة إرسال السلعة دون أن يذكر الخدمات.

ب- الاستثناءات الواردة على حق العدول

استثنت قوانين حماية المستهلك المقارنة، كالقانون الفرنسي والتونسي[4] في عقود التجارة الإلكترونية، حالات معينة لا يجوز فيها العدول عن العقد بعد إبرامه حفاظا على توازن العقد وعملا على عدم الإضرار بالمورد، وذلك لعدة اعتبارات يمكن إجمالها فيما يلي:

1- بخالد عجالي، حق المستهلك الإلكتروني في التراجع عن العقد وأثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد 4، 2017، ص 339.

2- سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، العدد 02، 2018، ص 20.

3- سي يوسف زاهية حورية، نفس المرجع، ص 20.

4- Ordonnance n° 2001 -741 du 23 Aout 2001, portant transposition de directives communautaire et adaptation du droit communautaire en matière de droit de la consommation, DORF n° 196 du 25 Août 2001, p 13645

Article 121- 20-2 «Le droit de rétractation ne peut être exercé, sauf si les parties en sont convenues autrement ; pour les contrats:

1- de fourniture de services dont l'exécution a commencé avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours francs.

2- de fourniture de biens ou de services dont le prix est fonction de fluctuations des taux du marché financier.

3- de fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptible de se détériorer ou de se périmer rapidement.

4- de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques lorsqu'ils ont été descellés par le consommateur.

5- de fourniture de journaux de périodiques ou de magazines.

6- de service de paris ou de loteries autorisées».

في حين نص الفصل 30 من قانون التجارة الإلكترونية التونسي على ما يلي:

مع مراعاة أحكام الفصل 30 من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية، لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية:

- عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك،

- إذا تم تزويد المستهلك بمنتوجات حسب خاصيات شخصية، أو تزويده بمنتوجات لا يمكن إعادة إرسالها، أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها،

- عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا.

ب/1- إذا استعمل أو استفاد المستهلك من السلعة أو الخدمة التي تعاقد عليها خلال المدة المحددة لممارسة حقه.

يلاحظ على هذا الاستثناء من وجهة نظر حماية المستهلكين بأنه في الغالب يصعب على المستهلك التأكد من صلاحية السلعة للغرض أو المواصفات المتفق عليها إلا بعد استعمالها لمدة مناسبة، وهنا نجد أن المحترف يحاول دفع المستهلك إلى البدء في الحصول على منافع السلع أو الخدمات قبل انتهاء المدة المحددة لممارسة حق العدول لكي يحرمه من الاستفادة من الحماية التي وفرها هذا الخيار[1].

ب/2- عندما يكون محل العقد من المنتجات القابلة لأخذ نسخ من محتويتها أو تسجيلها أو نقلها بأية طريقة أخرى بعد نزع أختامها وتمزيق أغلفتها

ومن هذه المنتجات أشرطة الفيديو والاسطوانات والأقراص المدمجة أو برامج الأجهزة الإلكترونية، والمنتجات الإلكترونية.

حيث أتاحت الانترنت من خلال خدماتها المتنوعة للمستهلك شراء هذه المنتجات على الشبكة وخصوصا المطبوعات الإلكترونية كالصحف والمجالات والكتب والبحوث وكذلك الأفلام والصور الرقمية ...الخ.

ويقوم هذا الاستثناء بالدرجة الأساسية على اعتبار حماية حقوق الملكية الفكرية[2] لأن منح المستهلك حق العدول في هذه الحالة يمكن المستهلك سيء النية من إرجاع هذه المنتجات إلى المحترف بعد نسخها أو إعادة إنتاجها وذلك بحجة استعماله لحق العدول الذي كفله له القانون.

ب/3- إذا كان ثمن السلعة أو الخدمة يخضع لتقلبات السوق صعودا وهبوطا، والتي ليس بوسع المورد السيطرة على أسعارها، كالبيوع في المزاد العلني وعقود خدمات الرهان واليانصيب المصرح بها؛ لأن جوهر هذه العقود وطبيعتها تتنافى وحق العدول عنها. إذ أن هذا النوع من العقود يقوم على المجازفة والمقامرة على نحو يتناقض مع أن يقرر له حق العدول عن العقد بعد إبرامه وإلاّ كان ذلك تناقض مع جوهر العقد ذاته[3].

ب/4- إذا طلب المستهلك توفير الخدمة له قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء، وهذه الحالة لا تدخل ضمن الاستثناءات المقيدة لمكنة العدول وإن كانت القوانين المقارنة قد ذكرتها ضمنها فليس في هذه الحالة ما يعد استثناء من مكنة العدول بعد ثبوته له، إذ يعد طلب تجهيزه بالخدمة قبل انتهاء مدة العدول نزولا ضمنيا عن مكنة العدول[4].

ب/5- عقود توريد التسجيلات السمعية والبصرية أو برامج الحاسب الإلكتروني عندما يتم نزع الأختام عنها بمعرفة المستهلك

الهدف الأساسي من وراء هذا الاستبعاد هو المحافظة على حقوق الملكية الفكرية؛ فالتسجيلات السمعية والبصرية أو البرامج يمكن نسخها بعد فتحها والاستفادة منها ثم إعادتها. وذلك بغض النظر عن استعمال المستهلك لها أو عدم استعماله[5].

1- عبد الحميد أخريف، الدليل القانوني للمستهلك (عقود الاستهلاك: البيع في الموطن، التعاقد عن بعد، العقد الإلكتروني)، الطبعة الأولى، مطبعة أمنية، 2006، ص22.

2- منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص 61.

3- محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية معاشرة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص16.

4- الأه يعقوب يوسف النعيمي، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة البحرين، مجلد 18، عدد14، 2005، ص96.

5- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، مصر، 2005، ص 126-127.

ب/6- إذا كانت السلعة قد تم تصنيعها أو إعدادها وفقا لمواصفات شخصية حددها المستهلك، كعقود توريد السلع، أو كانت السلعة من السلع السريعة التلف، كبعض المنتجات والأدوية بعد انتهاء تاريخ صلاحيتها إذ يتعذر في هاتين الحالتين بيع السلعة مرة أخرى وفي ذلك ضرر أكيد للتاجر إذا كان محل عقد الاستهلاك من المنتجات التي لا يمكن إعادة إرسالها بعد تسلمها من قبل المستهلك، كالمعلومات التي تقدم إلى المستهلك والاستشارات التي يحصل عليها من خلال المواقع الإلكترونية عبر الشبكة ومن خلال المكاتب والشركات الاستشارية عبر الانترنت[1].

وبخلاف هذه الحالات يكون للمستهلك حق العدول عن العقد خلال المدة المحددة قانونا، وهذا دليل على أن التشريعات المنظمة لحق العدول أدركت مدى خطورة هذا الحق إن ترك مطلقا بالنسبة للمستهلك وما ينجر عنه من مساس بمبدأ استقرار المعاملات والمراكز القانونية.

ثانيا: إجراءات حق العدول

إن الغاية من ممارسة الحق في العدول هي التأكد من رضا المستهلك من عدمه، وهو ما يجب معه إطلاق إرادة التعبير في العدول عن التعاقد من أي قيود اتفاقا مع هذه الغاية، فالأصل ألا تخضع ممارسة هذا الحق لأي إجراءات خاصة.

بالرجوع إلى ما نص عليه التشريع التونسي، في الفصل 30 فقرة 4 من قانون مبادلات التجارة الإلكترونية عدد 83 لسنة 2000[2]، نجد أنه يتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقا في العقد.

من البديهي أن يستعمل هذا الحق بأي طريقة تناسب المستهلك، فله إعلام المحترف بعدوله عن عقده كتابيا سواء كانت الكتابة على الورق أو كتابة إلكترونية، أو بواسطة الهاتف، أو بأي وسيلة من وسائل الاتصال. لكن يتعين على المستهلك أن يبدي رغبته في العدول عن العقد بطريقة صريحة لا تدع أي مجال للشك، ويكون ذلك بطرق التعبير عن الإرادة التي ذكرتها المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

يظهر من خلال مجمل تطبيقات حق العدول الواردة في تشريعات الاستهلاك أنها لا تشير إلا لحالات العدول الصريحة المعبّر عنها، عموما، ببعث رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام وفي بعض الأحيان تكون الرسالة رسالة نموذجية أو عبارة عن استمارة قابلة للانفصال.

وكمثال للتعبير الصريح عن طريق رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام، في التشريع الجزائري، ما يظهر من أحكام المادة 60 من القانون المدني وما نصت عليه المادة 90 مكرر 1 من قانون التأمينات من أن التراجع عن العقد يكون: "باستثناء عقود تأمين المساعدة، يجوز لمكتتب عقد التأمين على الأشخاص لمدة شهرين (02) كحد أدنى، أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال أجل ثلاثين (30) يوما ابتداء من الدفع الأول للقسط[3]".

وكمثال للتعبير الصريح عن طريق رسالة نموذجية ما نصت عليه المادة 132-5-1 من قانون التأمينات الفرنسي التي فرضت على المؤمن ليس فقط أن يحدّد في وثيقة الإعلام شروط إعمال حق العدول، بل أيضا أن يذكر في طلب التأمين مشروع رسالة التراجع التي يجب أن تحرر بشكل معين[4].

---

[1]- عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، دكتوراه، قانون خاص، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص331-332.

[2]- الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 11 أوت 2000، عدد 64 ص 2084-2089.

[3]- الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير سنة 1995، المتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 13 لسنة 1995، معدل ومتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، ج ر عدد 15 لسنة 2006.

[4] - Je soussigne (nom, prénom et adresse du proposant) déclaré renoncer au contrat à émettre sur la base de la proposition (numéro figurant sur le reçu) que j'ai signée le (date et signature de la proposition) et demande le remboursement du versement que j'ai effectué le (date du premier règlement)

وكمثال للتعبير عن طريق استمارة قابلة للانفصال ما نصت عليه المادة 311-15 من قانون الاستهلاك الفرنسي المتعلق بالالتزام الاستهلاكي.

وإذا قلنا بأن التعبير الضمني لإعمال حق العدول لا يتلاءم مع التطبيقات الواردة في تشريعات الاستهلاك فيجب على المستهلك التعبير صراحة عن إرادته في وضع حد للعقد، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل يتعيّن على المستهلك التعبير الصريح عن إرادته وفق أشكال جوهرية يتعيّن احترمها بصورة إجبارية؟

يرى الفقه الحديث أنه في البيع عن بعد يظهر أن إرجاع المنتوج إلى البائع يجب اعتباره شكلية جوهرية من دونها يعد التعبير عن حق الرجوع كأنه غير موجود، ويمكن تبرير ذلك على أساس أن البائع قد أرسل المنتوج، لذلك من غير المعقول أن يستطيع المستهلك إعمال حق الرجوع دون إرجاع هذا المنتوج.

لكن في المقابل يمكن اعتبار الرسالة الموصى عليها مع وصل الاستلام، التي جاء ذكرها في بعض النصوص، وسيلة للإثبات لا شكلية من الشكليات الجوهرية، لذلك يمكن الاستغناء عنها بورقة من أوراق المحضرين القضائيين أو بوصل استلام من البائع. وفي نفس السياق لا تعد الرسالة النموذجية والاستمارة القابلة للانفصال السابق ذكرهما، في بعض النصوص من الشكليات الجوهرية، فهما تشكّلان مجرد حلول تسهيلية موجهة لتبسيط ممارسة حق العدول المحتمل. وعلى ذلك فإن إعمال حق العدول يعتبر صحيحا حتى ولو جرى التعبير عن الإرادة مباشرة دون استعمال الشكل المقرّر سلفا. غير أنه يستحسن اختيار وسيلة إثبات معينة سواء عن طريق البريد الإلكتروني، أو في موقع التاجر أو برسالة موصى عليها، أو حتى عن طريق محضر إثبات حالة، وذلك خشية الوقوع في منازعة قانونية لاحقة مع التاجر إذا أنكر تبليغه بالعدول[1].

على أي حال لقد حددت مختلف التشريعات مدة ليمارس فيها المستهلك حقه في الرجوع وبمرورها يسقط حقه في العدول حفاظا على استقرار التعامل، فليس من العدالة أن يبقى المركز القانوني للمورد الإلكتروني مضطربا مدة طويلة يمكن خلالها أن يفاجأ بطلب عدول عن عقد مضت على إبرامه مدة طويلة. إلا أن القوانين لم تتفق على تحديد مدة العدول هذه، حيث حددها المشرع التونسي في الفصل 30 بعشرة (10) أيام، وحددها المشرع الجزائري بموجب القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية في المادة 23 منه بمدة أقصاها أربعة أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، أما في القانون رقم 18-09 فأحال المشرع تحديد هذه المدة للتنظيم (المادة 19 ف 4)، وحددتها المادة 222-7 من قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل بأربعة عشر يوما، غير أن المشرع الفرنسي رأى فيما بعد أن هذه المدة غير كافية في الحالات التي يكون فيها المهني لم يقم بتنفيذ التزامه بإعلام المستهلك عن إجراءات العدول والاستثناءات الواردة عليه فجعل المدة هي ثلاثة أشهر بدلا من 14 يوما وقد جاء في قانون شاتل **CHATEL** المؤرخ في 23 جانفي 2008 حول تطوير المنافسة في خدمة المستهلكين في المادة 30:"...أن المؤسسات ملزمة بتقديم إعلام كامل لزبائنها حول الإجراءات القانونية الخاصة بحق الرجوع"، لكن إذا تدارك المهني هذا الخطأ وقام بإعلام المستهلك خلال هذه المدة فإن مدة 14يوما هي الأصل، إلا أنه بمجيء قانون ماكرون **Loi MACRON** المؤرخ في 6 أوت 2015 فإن مدة الرجوع عن العقد هي 15 يوما يبدأ حسابها من يوم طلب السلعة أو الخدمة عبر الانترنت[2].

أما القانون المصري، فقد نص على مدة ممارسة حق العدول في المادة الثامنة من قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 بالقول:"...للمستهلك خلال 14 يوما من تسلم أية سلعة الحق في استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله. ويلتزم المورد في هذه الحالة بناء على طلب المستهلك بإبدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمتها دون أية تكلفة إضافية."

[1]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص347-348.
[2]- سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 22.

الفرع الثالث: آثار حق العدول

يترتب على اختيار المستهلك الإلكتروني طريق العدول عن التعاقد زوال العقد وانقضاؤه، ويلتزم الأطراف بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، فإن تسلم الشيء المبيع التزم بإعادته إلى الحالة التي تسلمه عليها، وهذا الحال مثلما ينطبق على العقود الاستهلاكية العامة فإنه ينطبق كذلك على العقود الإلكترونية، إلا ما تميزت به هذه الأخيرة من خصوصية واردة في قانون المستهلك الفرنسي والتوجيه الأوروبي، ولهذا سنتعرض إلى آثار ممارسة الحق في العدول بالنسبة للمورد الإلكتروني ثم بالنسبة للمستهلك الإلكتروني.

أولا: آثار العدول بالنسبة للمورد الإلكتروني

يترتب على ممارسة المستهلك حقه في العدول بعض الآثار بالنسبة للمورد تتمثل بصفة أساسية في التزامه برد الثمن الذي دفعه المستهلك له مقابل حصوله على السلعة، كما أقرت بعض التشريعات بأن رجوع الأخير عن التعاقد سيتبعه فسخ أي عقد آخر ارتبط بالعقد الأصلي الذي جرى الرجوع عنه:

1- رد الثمن للمستهلك

على غرار ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة السادسة من التوجيه الأوروبي رقم 7/97 نصت المادة 222 فقرة 15 من قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل في سنة 2017 على التزام المحترف عند ممارسة المستهلك لحقه في العدول، برد المبالغ التي دفعها المستهلك خلال مدة أقصاها الثلاثين يوما التالية لاستعمال هذا الحق، تحسب ابتداء من يوم تبليغه بالعدول من قبل المستهلك وتجاوز الميعاد المذكور يؤدي إلى جعل المبلغ المدفوع من قبل المستهلك منتجا للفوائد والتي تحسب في هذه الحالة على أساس المعدل القانوني المعمول به. بالإضافة إلى ذلك فقد جعل المشرع الفرنسي من رفض البائع رد المبالغ التي دفعها المستهلك مقابل السلعة التي أعادها له استعمالا لحقه في العدول، مخالفة من تلك التي يتم معاينتها والتحقق منها من قبل الجهات المنوط بها التحقيق في مجال المنافسة والاستهلاك وقمع الغش، مما يؤدي لتوقيع عقوبة الحبس لمدة 6 أشهر وغرامة مالية قدرها 7500 يورو حسب المادة السابقة الذكر على مرتكب هذه المخالفة.

أما القانون الجزائري فقد نص في المادة 23 من قانون التجارة الإلكترونية بأنه يجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ استلامه المنتوج. وبالنسبة للمشرع التونسي فقد نص على ذات الحكم في الفصل 30 من قانون مبادلات التجارة الإلكترونية، حيث ألزم المحترف بإرجاع المبلغ خلال 10 أيام ابتداء من تاريخ العدول.

لكن الملاحظ أن المشرع الجزائري والمشرع التونسي لم يتطرقا للحالة التي يتأخر فيها المورد الإلكتروني عن رد الثمن تاركا ذلك للقواعد العامة.

2- إنهاء عقد القرض المبرم تمويلا للعقد الذي عدل عنه المستهلك

إعمالا لنص المادة 6-4 من التوجيه الأوروبي نصت المادة 311-25 فقرة1 من قانون الاستهلاك الفرنسي على أنه إذا كان الوفاء بثمن المنتوج أو الخدمة قد تم تمويله كليا أو جزئيا بائتمان من قبل المورد أو من شخص من الغير على أساس اتفاق مبرم بين الأخير والمورد، فإن ممارسة المستهلك لحق العدول يؤدي إلى فسخ عقد الائتمان بقوة القانون دون تعويض أو مصروفات، باستثناء المصروفات المحتملة لفتح ملف الائتمان. وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد نظر إلى العقدين العقد المبرم عن بعد والعقد المبرم تمويلا له باعتبارهما كلا لا يتجزأ، فقرر بالتالي أن زوال العقد الأصلي منهما أي العقد المبرم عن بعد تتبع زوال تابعه أي العقد المبرم لتمويل الأول، ولا شك أن المستهلك في الواقع لم يبرم عقد الائتمان إلا بقصد تمويل العقد الذي أبرمه عن بعد، فإذا مازال العقد الذي قصده أصلا بممارسة الحق في العدول تعين إنهاء العقد المرتبط به الذي لم يعد هناك مبرر للإبقاء عليه[1].

[1]- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 69.

ثانيا: آثار العدول بالنسبة للمستهلك الإلكتروني

رتبت القوانين على عدول المستهلك الإلكتروني عن التعاقد جملة من الآثار، أهمها الالتزام بردّ السلعة إلى المورد الإلكتروني إضافة إلى التزامه بدفع مصاريف ردّ السلعة إلى المورد أو التنازل عن الخدمة:

1- التزام المستهلك الإلكتروني بردّ السلعة إلى المورد

يترتب على اختيار المستهلك الإلكتروني طريق العدول عن العقد الذي أبرمه عبر الانترنت إزالة العقد وانقضاءه، بل واعتباره كأن لم يكن أصلا، فإذا تسلم شيئا التزم بإعادته بالحالة التي تسلمه عليها. وهنا يلتزم المستهلك بإعادة السلعة إلى المورد خلال مدة معينة وأن يعيدها في غلافها الأصلي كما هي وفي الهيئة التي تسلمها بها، وقد أكد على ذلك أحد بنود العقد النموذجي التي وضعها أحد المراكز التجارية في فرنسا، وجاء فيه أن للمستهلك الخيار في إرجاع السلعة لاستبدالها بغيرها أو إعادتها واسترداد ثمنها بدون أن يستقطع من الثمن أي مبلغ ماعدا نفقات النقل بشرط أن تتم إعادة السلعة جديدة كما تسلمها عند تنفيذ العقد الذي عدل عنه وهي في عبوتها أو غلافها الأصلي. وهو ما تضمنته أيضا المادة 23 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري، حيث ألزم المورد الإلكتروني ب: تسليم جديد موافق للطلبية، أو إصلاح المنتوج المعيب، أو استبدال المنتوج بآخر مماثل، أو إلغاء الطلبية.

وهنا تثور مسألة تحمل تبعة هلاك السلعة وبالنظر إلى أن المشتري قد تسلم المبيع دون أن يكون مالكا، لذلك فإن المشتري قبل إعلان خياره بين المضي في العقد أو العدول عنه يكون مجرد حائز لسلعة ويظل رغم استلامه لها ليس مالكا لها بل هي ملكا للبائع، وإعمالا للقواعد العامة يمكن القول بأن البائع يتحمل تبعة هلاك المبيع إذا وقع الهلاك خلال مدة العدول، رغم أنّ المستهلك حائز له باعتبار أن المبيع مازال مملوكا للبائع خلال هذه الفترة.

2- التزام المستهلك بدفع مصاريف ردّ السلعة

إذا كان المستهلك لا يتحمل مقابل ممارسة حقه في العدول أية مصروفات، فإن الأمر يختلف بالنسبة للمصروفات التي تبدو كنتيجة مباشرة لاستعمال الحق، ويقصد بهذه المصروفات تلك التي تكون نتيجة لإرجاع المنتوج إلى المحترف، بحيث تعتبر أمرا متوقعا من قبل المستهلك بالنظر إلى خصوصية التعاقد الذي أبرمه عن بعد. لذلك نصت المادة 6 من التوجيه الأوروبي، في هذا الصدد، على أن المصروفات التي يمكن أن يتحملها المستهلك بسبب عدوله عن العقد، هي فقط المصروفات المباشرة لإعادة البضائع إلى المحترف، وقد جاءت المادة 121 فقرة 20 من قانون الاستهلاك الفرنسي لتكرس ذات الحكم بقولها: "دون أن يكون ملزما بإبداء أية مبررات ودون أية جزاءات أو مصروفات باستثناء تلك المتعلقة بإرجاع السلعة أو المنتوج"، وهذا ما جعل بعض الفقه يرى أن حق العدول بالإضافة إلى كونه حقا تقديريا فهو أيضا حق مجاني، غير أن المشرع الجزائري جعل تكاليف إعادة الإرسال تقع على عاتق المورد الإلكتروني في حالة ما إذا كان المستهلك الإلكتروني تسلم سلعة غير مطابقة للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا (المادة 23 قانون التجارة الإلكترونية).

ختاما نقول إن التجربة الفرنسية في حماية المستهلك كانت نموذجا لكثير من التشريعات المقارنة منها التشريع الجزائري، غير أنه بالنسبة لحق العدول عن العقد نجد المشرع الأخير له موقفين مختلفين، حيث نجده في قانون التجارة الإلكترونية تأثر بالمشرع المصري من خلال تقييده لحق العدول بجعله لا يمارس إلا في حالة ما إذا كانت السلعة أو المنتوج غير مطابق للطلبية أو معيبا مع تأكيد المشرعين المصري و الجزائري على ضرورة الإشارة إلى سبب الرفض من طرف المستهلك الإلكتروني، أي على هذا الأخير أن يذكر الأسباب والمبررات الدافعة إلى العدول. في حين في القانون رقم 18-09 المتعلق بحماية المستهلك نجد المشرع الجزائري تأثر بقانون الاستهلاك الفرنسي، حيث لم يقيد حق العدول بل منح للمستهلك حق العدول عن العقد دون تبرير فيكفي أن يكون سبب رد المنتوج عدم رضا المستهلك بالسلعة، أما بخصوص ممارسة هذا الحق من حيث الشروط والآجال وقائمة المنتجات فأحالها المشرع الجزائري على التنظيم.

الباب الثاني: إثبات المعاملات الإلكترونية وتنفيذها

الباب الثاني: إثبات المعاملات الإلكترونية وتنفيذها

حتى يمنح المشرع الجزائري للمحررات الإلكترونية الحجية في الإثبات أمام القضاء أقر بداية مبدأ المعادلة الوظيفية للإثبات بالكتابة الإلكترونية والإثبات بالكتابة على الورق. وفي هذا الصدد نص في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني[1]، على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

كما جاء في نص المادة 327 الموالية[2]، المتعلقة بالعقد العرفي، أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، ... ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه.

نظرا إلى أن التعامل بين الأفراد في المعاملات الإلكترونية يتم في عالم لا مادي وغير محسوس وعلى شبكة مفتوحة يستطيع الغير الكشف عنها ومعرفتها بدقة بل ويستطيع حتى تزويرها والتلاعب في التواقيع الإلكترونية، سن المشرع الجزائري قانون[3] ضمنه أحكام خاصة تعطي للتوقيع والمحرر الإلكترونيين المصداقية وتجعل القاضي يأخذ به كوسيلة لإثبات العقود التي تبرم إلكترونيا، وهو ما يهدف إلى تحقيقه التوقيع والتصديق الإلكترونيين (الفصل الأول).

ينشئ العقد الإلكتروني التزامات متقابلة بين المستهلك والمورد الإلكتروني وهي نفس الالتزامات الموجودة في العقود التقليدية، غير أن الخلاف بينهما يكمن في أن بعض الالتزامات في العقد الإلكتروني يتم تنفيذها في بيئة مادية والبعض الأخر يقتضي التنفيذ على شبكة الانترنت (الفصل الثاني).

---

[1]- هذه المادة مستحدثة بموجب المادة 44 من القانون رقم 10-05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر عدد 44 لسنة 2005.

[2]- هذه المادة مستحدثة بموجب المادة 46 من نفس القانون.

[3]- القانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر عدد 06 لسنة 2015.

الفصل الأول: وسائل إثبات المعاملات الإلكترونية

التطور التكنولوجي الذي شهدته المعاملات الإلكترونية فرض ضرورة استحداث وسائل جديدة في الإثبات لتواكب وتتماشى مع خصوصية هذه المعاملات تمثلت أهمها في الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، على ضوء ذلك سنتناول بالبحث في هذا الفصل عنصرين: العنصر الأول يخصص لإثبات المحررات الإلكترونية، أي المحررات التي تتم كتابتها إلكترونيا (المبحث الأول)، وعنصر ثاني يخصص لإثبات المحرر الإلكتروني الموقع إلكترونيا (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإثبات بالكتابة الإلكترونية

بدأ الاعتراف بهذا النمط الجديد من الكتابة من قبل الفقه والقضاء ثم الاتفاقيات الدولية مرورا بالتشريعات الداخلية. وقد أطلقت عدة تسميات على هذا النمط الجديد من الكتابة منها: رسالة البيانات، رسالة المعلومات، الكتابة الرقمية، المحرر الإلكتروني، المستندات الإلكترونية، الكتابة في الشكل الإلكتروني...الخ.

عرفت المادة 2 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الكتابة الإلكترونية من خلال رسالة البيانات بأنها: "المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرقي أو التلكس أو النسخ البرقي".

حدد المشرع الفرنسي مفهوم الكتابة الإلكترونية في نص المادة 1316 من القانون المدني، ونص على: "يشمل معنى الكتابة كل كتابة للحروف أو الرموز أو الأرقام أو أي إشارات ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة، أيا كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها أو الوسيط الذي تنتقل عبره"

وعرف المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر من القانون المدني[1] على أنها:" ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها".

من خلال قراءة المادة السابقة نلاحظ أن المشرع الجزائري سار على نهج التشريع الفرنسي بتبنيه المفهوم الواسع للكتابة دون أي حديد لشكلها و لنوعها، حيث اشترط فقط أن تكون الكتابة دالة وواضحة في التعبير عن مضمونها دون أن يقيدها على شكل محدد من الدعامات وهذا جاء واضحا من خلال استعمال المشرع عبارة -مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها- ومعنى ذلك أن المشرع الجزائري يعتد بالكتابة في الإثبات بغض النظر عن طريقة إنشائها سواء كانت على الورق أو الأقراص المضغوطة أو أي وسائط أخرى قد تظهر في المستقبل لتشمل بذلك الكتابة الإلكترونية التي تخزن في وسائط إلكترونية محمولة باليد، أو تلك التي ترسل عبر شبكات الاتصال المختلفة.

لكي تؤدي الكتابة الإلكترونية وظيفتها في الإثبات لابد من توافر شروط أقرتها غالبية التشريعات المقننة للمعاملات الإلكترونية (المطلب الأول)، و بصدور القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الذي يعتبر الركيزة الأساسية والعنصر الجوهري في إنشاء العقود الرسمية، حيث أعطى المشرع لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني صفة الموظف العام، وبالتالي فإن إبرام العقود الإلكترونية الرسمية أصبح واردا[2]، بعدما ما تم الإطلاق الرسمي لخدمات التوقيع والتصديق الإلكترونيين بتاريخ 13 مارس 2021 (المطلب الثاني).

---

[1]- المادة 44 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادي الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 44 لسنة 2005.

[2]- من خلال استقراء نصوص القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، يمكن القول أن المشرع الجزائري قد تبنى الكتابة الإلكترونية الرسمية وحدد لها ضوابط تقنية وشروط قانونية، غير أنه من الناحية الواقعية لم يتمكن الأفراد من إنشاء محررات إلكترونية رسمية رغم مرور أكثر من خمس (05) سنوات على صدور هذا القانون.

المطلب الأول: الشروط اللازمة للاعتداد بالكتابة الإلكترونية في الإثبات

حتى يكون للكتابة الإلكترونية دور في الإثبات، اشترطت التشريعات بعض الشروط[1]، منها ما هي متعارف عليها في قواعد الإثبات التقليدية (الفرع الأول)، وأخرى شروط تقنية وإجرائية خاصة تتلاءم وطبيعة المحررات الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط العامة لإنشاء المحررات الإلكترونية

لكي تؤدي الكتابة وظيفتها في الإثبات لابد من توافر بعض الشروط الآتية: سهولة القراءة (أولا)، والاستمرارية (ثانيا)، والثبات (ثالثا).

أولا: أن يكون المحرر الكتابي الإلكتروني مقروءا

تشترط التشريعات المعمول بها أنه يجب أن يكون المحرر الكتابي الإلكتروني مدونا بحروف أو رموز معروفة ومفهومة للشخص الذي يراد الاحتجاج عليه بهذا المحرر، ذلك لأن المحررات الإلكترونية يتم تدوينها على وسائط إلكترونية بلغة آلة وقد تكون مشفرة فلا يمكن للإنسان قراءتها بشكل مباشر وإنما يستطيع قراءتها باستخدام الحاسوب بحيث تصبح في صورة بيانات مقروءة بصورة واضحة للإنسان[2].

ويفترض مفهوم سهولة الكتابة أن يكون في إمكان صاحب الشأن الوصول إلى إدراك مضمون الكتابة وقراءته بسهولة ويسر، وتكون الكتابة مقروءة حين يسهل فك رموزها وقراءتها، فالقراءة هي عملية فهم للنص وتأويله أيضا.

وقد ورد هذا الشرط في نص المادة 323 مكرر من القانون المدني[3]، التي قررت أن: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها"

واشترط المشرع الفرنسي نفس الشرط في المادة 1316من القانون المدني حيث جاء:"... ويشترط في الكتابة أن تدل على المقصود منها، وأن يتمكن الغير من فهمها.

يضاف إلى ذلك أنه إذا كان من الضروري أن تكون الكتابة محررة باللغة التي يتحدث بها قارنها، على الرغم من ذلك من الممكن أن يلجأ ذوو الشأن في هذه الحالة إلى الاستعانة بمترجم حتى يتسنى لذوي الشأن قراءة مضمون الكتابة، ولذا لا يوجد ما يحول دون الاستعانة بوسيط إلكتروني يمكن من خلاله قراءة مضمون الكتابة أو الاطلاع عليها، الأمر الذي يحمل على التسليم بأن المحرر الإلكتروني الذي يتم تدوينه على وسيط إلكتروني بلغة ثنائية شديدة التعقيد[4].

وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي قد استوجب ضرورة استخدام اللغة الفرنسية بموجب القانون رقم 665 لسنة 1994 والمعروف باسم قانون **TOUBON**[5] في أي عقد يخص المستهلك حتى وإن كان عقدا إلكترونيا.

ولتحقيق هذا الهدف من الضروري أن تكون الأدوات التي أتاحت تحويل الكتابة التي يتم تدوينها بلغة الحاسوب (غير قابلة للإدراك) إلى لغة سهلة القراءة موثوقا بها وثابتة نسبيا، بحيث يكون من السهل الاطلاع على المحرر الإلكتروني، وكذلك من المهم أن تكون الكتابة مقروءة ومفهومة في أي حال من الأحوال خلال مدة معقولة تسمح بالاطلاع على مضمونها[6].

---

[1]- حزام فتيحة، الإثبات الإلكتروني في المسائل المدنية والتجارية، دكتوراه، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق، 2015/2016، ص217.

[2]- ازهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، 2009، ص 85.

[3]- هذه المادة مستحدثة بموجب المادة 44 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005، السابق الذكر.

[4]- حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، 1991، ص20.

[5] - La loi du 4 aout 1994, relative à l'emploie de la langue française

[6]- ثامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات العقد الإلكتروني عبر الانترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بهجت للطباعة 2009، ص 211.

وفي ذات الاتجاه ودائما بشأن الكتابة تنص المادة 10 من قانون الأونسيترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية، أنه: "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدمها بالرجوع إليه لاحقا".

ويبين دليل تشريع القانون النموذجي أن المقصود بعبارة -إذا تيسر الإطلاع-هو ضرورة أن تكون المعلومات المقدمة في شكل بيانات حاسوبية مقروءة وقابلة للتفسير مع إمكانية الاحتفاظ ببرمجيات الحاسوب، كما يقصد بعبارة -على نحو يتيح استعمالها-أن تشمل الاستخدام البشري وأيضا جهاز الحاسوب.

ثانيا: الاستمرارية

من أهم الشروط اللازم توفرها في الدليل الكتابي الاستمرارية، حيث يجب أن تدون على وسيط يتيح ثبات الكتابة عليه ودوامها ليمكن العودة إلى المستند عند الحاجة، مثل حفظها على ذاكرة الحاسوب أو الأقراص الممغنطة، أو البريد الإلكتروني الذي يقدم للقضاء عند أي نزاع بين متعاقدين[1].

وقد يبدو أن الكتابة الإلكترونية مع هذه الوسائط والدعامة المثبتة عليها تتميز بدرجة عالية من الحساسية مما يجعلها قابلة للتلف سريعا وتفقد القدرة على الاحتفاظ بالكتابة لأي سبب، إلا أن هذه المشكلة استطاع علماء التكنولوجيا التغلب عليها عن طريق إنتاج وسائل تتمتع بقدرة تحمل عالية على مقاومة أي إتلاف أو تخريب.

كما أنه يمكن لمقدمي خدمات التصديق الإلكتروني أن يقوموا بعملية حفظ البيانات والمعلومات الإلكترونية المتعلقة بشهادات التوثيق التي يصدرونها، وذلك لمدة مناسبة تتلاءم مع مدة تقادم العقد الثابت بشهادة التوثيق، وبالتالي فإن هذه الطريقة من شأنها أن تضفي على الكتابة الإلكترونية درجة عالية من الأمان والاحتفاظ بالمعلومات المدونة لأطول فترة ممكنة، وبذلك تصبح وظيفة مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني لا تقتصر فقط على التصديق على المحررات الإلكترونية، وإنما يمكن أن يخول لهم أيضا وظيفة الاحتفاظ بهذه البيانات[2]. وقد أشار إلى ذلك صراحة قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية بنصه في المادة 10 الفقرة 1/أ على أنه: "للاعتداد بالكتابة الإلكترونية، يجب تيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها بإمكانية استخدمها وسهولة الرجوع إليها لاحقا".

ومن مطالعة مضمون المادة 1316/فقرة 1 من القانون المدني الفرنسي رقم 2000-230 بشأن التوقيع الإلكتروني، نجد أنها اشترطت استمرار الكتابة وحفظها واسترجاعها عند الحاجة، فهي تنص على أنه: "تكون الكتابة المكتوبة بشكل إلكتروني، كالكتابة المكتوبة على دعامة ورقية بشرط تحديد الشخص الذي أصدرها أو أن يكون تدوين الكتابة وحفظها قد تم في ظروف ذات طبيعة تضمن تكاملها".

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الكتابة الإلكترونية لا تعتبر دليلا إلا عند تقديم المدعي دليلا على قدرة حفظها واستدعائها بشكل كامل وسليم[3].

وقد اعتنق نفس الحكم قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000، حيث نص في المادة الرابعة منه على أنه: "يعتمد قانونا حفظ الوثيقة الإلكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية، ويلتزم المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في الشكل المرسلة به، ويلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به، ويتم حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني يمكن الاطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها، وحفظها في شكلها النهائي بصفة تضمن سلامة محتواها، وحفظ المعلومات الخاصة بمصيرها ووجهتها، وكذلك تاريخ ومكان إرسالها أو استلامها".

---

[1]- Tibault verbiest, La protection juridique du cyber consommateur, litec, paris, 2002, p 80.

[2]- سعيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر، 2004، ص 104.

[3] - Cass civ, 13 février 2014, bull, civ, II, N°41

وحتى القانون المدني الجزائري اشترط في المادة 323 مكرر 1:"أن تكون الكتابة..معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

ثالثا: الثبات

يتطلب تحقيق الكتابة لوظيفتها في الإثبات، أن تكون خالية من أي عيب يؤثر في صحتها، وبالتالي ينبغي أن تكون خالية من المحو و التحشير، فإذا كانت هناك أية علامات تدل على التعديل في بيانات المحرر، فإن هذا ينال من قوته في الإثبات.

وقد يبدو لنا أن هذا الشرط لا ينطبق إلا على الكتابة التقليدية، لأنها تتم على مستند مادي يمكن أن يكشف عن مثل هذه التعديلات، أما المحرر الإلكتروني فيتميز بقدرة أطراف التعاقد على تعديله بالإضافة أو الإلغاء لبعض مضمونه، أو إعادة تنسيقه دون إمكانية كشف ذلك لعدم وجود أي علامة تدل على الإلغاء أو الإضافة فلا يمكن اكتشافها. غير أن الكتابة الإلكترونية وبالرغم من أنها تكون على وسيط غير مادي إلا أن نظم المعلومات الحديثة بما تتيحه من تقنيات متطورة يمكن لها أن تكشف عن أي تعديل في البيانات الإلكترونية، وأن تحدد بدقة البيانات المعدلة وتاريخ تعديلها[1]؛ فعلى سبيل المثال يترك مجرد الدخول على الملف المعلوماتي الذي يوجد به محرر أثرا تقنيا بصفة خاصة في تحديد تاريخ ووقت ذلك الملف بشكل منظم ومستمر، كما أن أي تعديل يرد على بيانات المحرر يستتبع بالضرورة قيام الحاسوب بتغيير تاريخ ووقت ذلك المحرر[2]، بالإضافة إلى أن المحرر الإلكتروني يحتوي على العديد من المعلومات المخزنة أو البيانات الوصفية التي تفسح المجال حول الاستعلام عن طبيعة المعلومات الواردة في المحرر، من جهة. وتفسح كذلك مجال، من جهة أخرى، أمام من يطلع على المحرر معرفة أطراف المحرر والمساحة التخزينية التي يشغلها على القرص الصلب للحاسوب، فضلا عن عدد التعديلات التي تعرض لها.

وبالإضافة إلى ذلك أتاح التقدم التقني مواجهة هذه الصعوبة بفضل استخدام تقنيات التوقيع الرقمي المعتمد على نظام التشفير الذي يكفل سلامة المحرر الإلكتروني ضد مخاطر التزوير أو التعديل، كما أن الاستعانة بجهات التصديق الإلكتروني، يمكن أن يحل هذه المشكلة حيث يمكن الاستعانة بها عند ادعاء أي طرف من الأطراف المتعاقدة أن هناك عبثا أو تعديلا في بيانات المحرر الإلكتروني[3].

وفي ظل التقدم التقني الهائل فإن شرط قابلية الكتابة للتعديل متحققا في المحررات الإلكترونية بعد أن أثمر هذا التقدم وسائط إلكترونية تتميز بثبات محتوياتها وما تحويه من بيانات ولا يسهل التلاعب بها أو إتلافها دون ترك أثر مادي، وهو ما يطلق عليها اسم **Document image processing** والذي يتم عن طريق استخدام برنامج يسمح بتحويل النص الذي يمكن التعديل فيه إلى صورة ثابتة ولا يمكن التدخل فيها أو تعديلها[4]. أيضا، يمكن حفظ المحررات الإلكترونية في صياغتها وبشكل لا يقبل التبديل أو التعديل من خلال حفظها في صناديق إلكترونية لا يمكن فتحها إلا بمفتاح خاص تهيمن عليه جهات معتمدة من قبل الدولة.

الفرع الثاني: الشروط التقنية الخاصة بإنشاء المحرر الإلكتروني

بالإضافة للشروط السابقة الذكر، تتطلب إثبات المعاملات الإلكترونية شروط تقنية وإجرائية خاصة تتلاءم مع الطبيعة الإلكترونية لهذه الكتابة، تعتبر بمثابة قيود تقنية على صحة إنشاء الكتابة الإلكترونية حتى تتمتع بنفس الحجية المعترف بها للكتابة على الورق، يشترط المشرع الجزائري[5] التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها (أولا) وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها (ثانيا).

---

[1]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص 202

[2]- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 214

[3]- Eric A, CAPRIOLI, Preuve et signature électronique dans le commerce électronique, Droit et patrimoine n• 55, décembre 1997, p 60.

[4]- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة للتراسل الإلكتروني، مجلس النشر العلمي، مطبوعات جامعة الكويت، 2003، ص 168.

[5]- المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.

أولا: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدر المحرر الإلكتروني

يقصد بتحديد الشخص الذي أصدر المحرر الإلكتروني تعيين الشخص الذي ينسب إليه المحرر الأخير، ومن أجل تحديد الشخص المسؤول عما جاء به، ولما كان التراسل يتم عبر شبكة محلية أو موسعة، فإمكانية الولوج إلى الشبكة وتحميل الرسائل وإرسالها ليس بالأمر الصعب، ولذلك تم اللجوء إلى وسائل تضمن تحديد هوية الشخص مصدر المحرر ومن بينها كلمة المرور، التي تمثل إجراء وقائيا ينظم عملية الولوج إلى الشبكة، ولكن على حامل هذه الكلمة عدم إفشائها للغير، وإلا كان ملتزما مبدئيا بكل ما يصدر عنها، ومع مراعاة حالات التراسل بالبريد الإلكتروني وجب التفريق بين صورتين:

النوع الأول: إنشاء بريد إلكتروني بشكل شخصي، وهنا بإمكان أي شخص أن يؤسس هذا البريد ويتراسل منه لإتمام معاملة إلكترونية، وبالتالي تثور شبهة إنشاء بريد إلكتروني باسم شخص آخر واستخدامه بسوء نية، الأمر الذي يضعف حجية هذا النوع من البريد الإلكتروني وذلك لعلمه المسبق بالعنوان وكلمة الدخول.

النوع الثاني: يقوم على إنشاء بريد إلكتروني من قبل جهة معتمدة متخصصة لإنشائه، بحيث يقدم طلب من قبل صاحب المصلحة ويمنح نتيجة لذلك بريدا موثقا لا يعلم كلمة الدخول إلا المنتفع منه فقط، مثل البريد الممنوح لموظفي الجامعات وهيئتها التدريسية[1].

وفي هذا المجال حاول أيضا المختصين إيجاد بعض الحلول التقنية تسمح بالتأكد من الهوية باستعمال وسائل التعريف الشخصية عبر كلمة السر أو الأرقام السرية، وكذا التشفير أو ما يعرف بوسيلة المفتاح العام والمفتاح الخاص، ووسائل التعريف البيولوجية للمستخدم، كبصمات الأصابع رقميا أو تناظريا وسمات الصوت أو حدقات العين أو غيرها، وهي وسائل أريد منها تأكيد الاتصال من جهة وإثبات هوية الشخص الذي أصدر الوثيقة من جهة أخرى، لكن تأكد بعد تجربتها أن لكل منها ثغرات أمنية ولذلك تعد غير كافية[2].

هذا ما استدعى اللجوء إلى جهات سلطات التصديق الإلكتروني التي نظمها القانون رقم 15-04، التي تسمح بتحديد هوية صاحب المحرر الإلكتروني من خلال أنظمة فعالة تكشف عمليات التسلل، والقرصنة، وحماية الأطراف في ظل تقنيات عالية وبرامج أمنية للتأكد من هوية أصحاب التوقيع بما يؤكد سلامة التوقيع ويعزز الثقة ويدل على موافقة كل طرف على المعلومات الواردة برسالة البيانات[3].

ثانيا: إعداد وحفظ المحرر الإلكتروني في ظروف تضمن سلامته

أوجب المشرع الجزائري ضرورة حفظ الوثيقة الإلكترونية[4]، من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد الذين يتعاملون بها أو من كان لهم حقوق ثابتة بها، ومن ثم نصت المادة 4 من القانون المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين على أن: "تحفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا في شكلها الأصلي، ويتم تحديد الكيفيات المتعلقة بحفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا عن طريق التنظيم". وتطبيقا لذلك صدر سنة 2016 مرسوم تنفيذي يحدد كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا[5]، والذي عرف الحفظ بكونه مجموعة التدابير التقنية التي تسمح بتخزين الوثيقة الموقعة إلكترونيا في دعامة للحفظ (المادة 2 الفقرة 4)، وهو ما يفيد أن للحفظ مفهوم تقني يتمثل في جملة من الإجراءات التقنية الواجب اعتمادها حتى يتحقق الغرض من الحفظ.

---

[1]- مراد محمود يوسف معلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين شمس القاهرة، مصر، 2007، ص 263.
[2]- مليكة مراد، طرق الإثبات الإلكترونية المدنية، دكتوراه، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، ص 39.
[3]- فتيحة حزام، المرجع السابق، ص 224.
[4]- المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.
[5]- المرسوم التنفيذي رقم 16-142، المؤرخ في 5 ماي 2016، المتضمن كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، ج ر عدد 28 لسنة 2016. ورد أيضا شرط حفظ سجلات المعاملات التجارية في المادة 25 من القانون رقم18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية حيث جاء فيها: "يجب على كل مورد الكتروني حفظ سجلات المعاملات التجارية المنجزة وتواريخها وإرسالها إلكترونيا إلى المركز الوطني للسجل التجاري". وتطبيقا لذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 19-89 الذي حدد آليات حفظ السجلات المعاملات التجارية الإلكترونية وطرق إرسالها، ج.ر عدد 17 لسنة 2019. وبهدف تحقيق الأمن في مجال المعاملات الإلكترونية صدر مرسوم رئاسي يتعلق بوضع منظومة وطنية لأمن الأنظمة المعلوماتية، المرسوم الرئاسي رقم 20-05، ج ر عدد 04 لسنة 2020.

أيضا من الضروري حفظ وسائط التخزين في أفضل الظروف مع مراعاة جودة شروط التخزين والوسائل المتبعة للحفاظ على أمن الوثيقة الإلكترونية، وعليه يتم تهجير الوثيقة من نظام حاسوبي إلى آخر خلال فترة أقل بكثير من عمرها الافتراضي بعد تسجيلها على الوسيط الفيزيائي الأول، مما يعني ضرورة نقل الوثائق وتهجيرها دوريا من وسط فيزيائي إلى آخر ومن نظام حاسوبي إلى أنظمة أكثر تطورا، وذلك يتطلب فسخ الوثائق ونقلها إلى وسائط حفظ جديدة ونظم لمعالجة النصوص والكلمات مختلفة عن النظم القديمة، وهنا يبدو دور البنية المنطقية والمعطيات الوصفية واضحا وجليا، فلولا وجودهما لما كان بالإمكان نقل الوثائق[1].

نفس المرسوم التنفيذي نص على تعريف الوثيقة الإلكترونية بأنها مجموعة تتألف من محتوى وبنية منطقية وسمات العرض، تسمح بتمثيلها واستغلالها من قبل الشخص عبر نظام إلكتروني، وجاء فيه أن الوثيقة الموقعة إلكترونيا، هي وثيقة إلكترونية مرفقة أو متصلة منطقيا بتوقيع إلكتروني، وأن دعامة الحفظ، هي أي وسيلة مادية، أيا كان شكلها أو خصائصها المادية، تسمح باستلام وحفظ واسترجاع الوثيقة الموقعة إلكترونيا (المادة 2 فقرة 1 و2 و3 على التوالي). ومادام الأمر يتعلق بحفظ وثيقة إلكترونية فإن وسيلة الحفظ يجب أن تكون من نفس طبيعة المعلومة المراد حفظها، وهناك من أشار إلى الحامل الإلكتروني الذي يعتبر مصطلح عام يمتد ليشمل جميع وسائل حفظ الوثيقة الإلكترونية الموجودة منها مثل: القرص الليزر، القرص الصلب، القرص المضغوط، قرص مدمج، أو قرص فيديو رقمي أو غيرها من دعائم، وتلك التي ستظهر في المستقبل نظرا لكون ميدان الحفظ الإلكتروني للوثائق هو في تطور مستمر. واستخدام عبارة "تلك التي ستظهر في المستقبل" يفيد أن هذه العبارة العامة تؤمن مواكبة النص للتطور الذي تعرفه وسائل الحفظ دون حاجة إلى تنقيحه، وهو أحد المظاهر الإضافية لتكريس مبدأ الحياد التكنولوجي الذي يبرز على مستويات مختلفة منها شكل الوثيقة وكذلك تبادلها وحفظها[2].

لحفظ الوثيقة الإلكترونية، و مهما كانت الوسيلة المستعملة، فإن المادة 3 من نفس المرسوم التنفيذي السابق، تشترط أن: "يضمن حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا استرجاع هذه الوثيقة في شكلها الأصلي لاحقا، والتحقق من توقيعها الإلكتروني"، وذلك لأجل الرجوع إليها عند الحاجة لاستخراج نسخة منها قصد الإدلاء بها لدى من له النظر أو الاستظهار بها في نزاع قضائي، وهذا الجانب يعتبر عنصر مشترك بين حفظ الوثائق الإلكترونية وحفظ الوثائق العادية، ولعل أهم هدف للحفظ هو تأمين سلامة الوثيقة الإلكترونية من كل تحريف أو تغيير أو إتلاف عفوي أو عن قصد، إذ أن طبيعة الوثيقة الإلكترونية وخاصياتها تجعلها عرضة لمثل تلك المخاطر ولو نتيجة لخطأ غير مقصود في استعمال جهاز الإعلامية، لذلك فإن وسيلة الحفظ يجب أن تؤمن بقاء الوثيقة على شكلها النهائي وتحميها من الأخطار، وتبعا لهذا الهدف الأساسي من الحفظ يجب أن تكون الوثيقة محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها[3].

أما فيما يخص مدة حفظ الوثيقة الإلكترونية فلم يحدد المرسوم التنفيذي السالف الذكر مدة معينة مكتفيا بالنص على أن يتم حفظها خلال مدة منفعتها دون المساس بالتشريع والتنظيم المعمول به (المادة 9).

المطلب الثاني: حجية العقد الإلكتروني

بمقتضى أحكام القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، جاء المشرع الجزائري بأحكام خاصة فيما يتعلق بإثبات العقود التي تبرم إلكترونيا، وقرر أنه إذا صاحب التوقيع الإلكتروني عقدا إلكترونيا قد نكون أمام عقد إلكتروني رسمي أو عقد إلكتروني عرفي، وهذا الوصف أو ذاك يتوقف على نوع التوقيع الإلكتروني الذي أضفاه الموقع على هذا العقد (الفرع الأول).

ولكن نظرا لعدم كفاية الكتابة الإلكترونية لانعقاد العقود التي تتطلب الشكلية، استثنت بعض التشريعات هذه التصرفات من الإثبات الإلكتروني (الفرع الثاني).

1- فتيحة حزام، المرجع السابق، ص227 و228.
2- فتيحة حزام، المرجع السابق، ص 229.
3- فتيحة حزام، نفس المرجع، ص 229.

الفرع الأول: العقد الإلكتروني الرسمي والعقد الإلكتروني العرفي

إذا ارتبط العقد الإلكتروني بتوقيع إلكتروني موصوف أو شهادة إلكترونية موصوفة، أخذ وصف العقد الإلكتروني الرسمي وأصبح مثله مثل العقد الرسمي العادي(أولا). أما إذا كان العقد الإلكتروني موقع عليه إلكترونيا من ذوي الشأن وحسب ودون تدخل الموظف العام نكون بصدد عقد عرفي إلكتروني (ثانيا).

أولا: شروط العقد الإلكتروني الرسمي

نتناول بداية شروط العقد الرسمي وفقا للنظرية العامة للعقد وإمكانية إسقاطها على العقد الإلكتروني(أ)، ثم شروط العقد الإلكتروني الرسمي في ظل القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين (ب).

أ- الشروط العامة للعقد الرسمي وفقا للنظرية العامة للعقد

لاعتبار العقد الإلكتروني عقدا رسميا، يجب صدوره من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود سلطته واختصاصه (أ/1)، مع مراعاة الأوضاع القانونية المحيطة بتدوين العقد الإلكتروني الرسمي (أ/2).

أ/1- صدور العقد الإلكتروني الرسمي من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود سلطته واختصاصه. يتعامل المتعاقد عند تحرير العقد الإلكتروني الرسمي مع جهة رسمية تتمثل في سلطات التوقيع الإلكتروني بأنواعها: السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني، والسلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني، والسلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني. هذه السلطات هي المسؤولة عن المحررات الإلكترونية الصادرة عنها وعن الأشخاص التابعين لها، أما بالنسبة لصدور المحرر الإلكتروني الرسمي في حدود اختصاص الموظف العام، فالقانون يحدد اختصاصا لكل موظف، ولا يجوز له أن يتخطى حدوده، بالإضافة إلى وجوب أن يكون الموظف العام أهلا لتوثيق المحرر الرسمي في حدود سلطته الواجب تحققها وقت قيامه بالعمل وإلا كان المحرر أو العقد باطلا[1].

أ/2- مراعاة الأوضاع القانونية المحيطة بتدوين المحرر الإلكتروني الرسمي

حدد القانون إجراءات واجبة الإتباع لتحرير العقود الرسمية، حيث يتم استقبال أطراف العقد من قبل الموظف العام، وهذا يفيد وجوب حضورهم الشخصي من أجل التأكد من شخصياتهم، ورضاهم التام، وأهليتهم للتعاقد لتجنب أي غش أو احتيال، لكن الثابت في عملية التعاقد عن بعد لا يحضر الأطراف معا أمام نفس الموظف العام (الموثق) لأنهم متباعدون مكانا بحيث يقوم كل طرف من الأطراف بالذهاب إلى كاتب أو الموظف العام في دولته أو مكان تواجده لكي يطلب منه المصادقة على المحرر المبرم وإضفاء الصفة الرسمية عليه وهكذا يفعل الأخر[2].

فعندما يحضر كل طرف أمام الموظف العام في مكان تواجده يقوم هذا الأخير بالتحقق من شخصيتهم وأهليتهم للتعاقد، وذلك من خلال شهادة المصادقة التي تكون بحوزة كل منهم والتي حصلوا عليها من الوكالة العامة للتصديقات الإلكترونية، أو من الشخص، أو من مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني[3] الذي يمنح شهادات المصادقة الإلكترونية للأطراف.

---

[1]- مليكة مراد، مرجع سابق، ص 47.

[2]- مليكة مراد، نفس المرجع، ص 47.

[3]- القانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين. **المادة2: يقصد** بما يأتي:1- **التوقيع الالكتروني:** بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق. 2 - **الموقع:** شخص طبيعي يحوز بيانات انشاء التوقيع الإلكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله. 5 - **بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني:** رموز أو مفاتيح التشفير العمومية أو أي بيانات أخرى، مستعملة من أجل التحقق من التوقيع الإلكتروني. 6- **آلية التحقق من التوقيع الالكتروني:** جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني. 7- **شهادة التصديق الالكتروني:** وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع. 12- **مؤدي خدمات التصديق الالكتروني:** شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني. 14- **صاحب شهادة التصديق الالكتروني:** شخص طبيعي أو معنوي تحصل على شهادة التصديق الإلكتروني من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أو طرف ثالث موثوق. 15- **سياسة التصديق الالكتروني:** مجموع القواعد والإجراءات التنظيمية والتقنية المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني. 16 - **التدقيق:** التحقق من مدى المطابقة وفقا لمرجعية ما.

لأن هذه الشهادة تكون بمثابة التعرف على شخصية وأهلية المتعاقد، وتحتوي على التوقيع الإلكتروني الذي يقوم الأطراف بالتوقيع من خلاله على العقد أمام الموظف العام، وعلى المفتاحين العام والخاص، ويجب التأكد من موافقة الأطراف على مضمون العقد الإلكتروني، والتحقق من أنه مكتوب بشكل واضح ومقروء بما يكفل له الثبات والاستمرارية، واحتفاظه بالشكل القانوني والتوقيع عليه من قبل الأطراف وإمكانية كشف أي تعديل أو تغيير فيه، ويلتزم الموظف العام بالتأكد من هذه الأوضاع عند تدوين المحرر[1].

كما توجد أوضاع قانونية أخرى لازمة لتوثيق العقد الرسمي، مثل سداد الرسوم المستحقة، إضافة إلى التحقق من شخصية الموثق وأهليته لإبرام التصرف القانوني، بحيث يتأكد الموظف العام من هذه المعلومات من خلال شهادة التصديق الإلكتروني التي يكون الأطراف قد أخذوها من طرف الهيئة الوطنية المكلفة باعتماد آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني والتحقق منه. والجهاز الآلي هو الذي يسمح بالمصادقة على العقد لتوافر المطابقة على الشفرة الموجودة فيه دون حضور الموظف العام أو الشخص المكلف بالخدمة، فحضور الموظف في بعض الدول أصبح غير ضروري، كما أن الجهات المتعامل معها في تدوين العقود الرسمية الإلكترونية توفر الأمان القانوني في المعاملات الإلكترونية، لكن الهيئة الوطنية المكلفة باعتماد آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني والتحقق منه، المنصوص عليها في المادة 78 من القانون رقم 15-04، تفرض التزامات تقنية وفنية عالية لحماية كافة التوقيعات والمحررات الصادرة عنها، إلا أنه وبفضل التطور العلمي اليوم أصبح بالإمكان مشاهدة الأطراف صوتا وصورة من خلال نظام التحاضر عن بعد عبر الفيديو، حيث تسمح هذه الأنظمة فيما لو طبقت التأكد من هوية الأشخاص، وأهليتهم، ورضاهم عن مضمون التعاقد، وسوف يساهم بشكل كبير في درجة الثقة والأمان بالتعاقد الإلكتروني عن بعد وفي مصداقية المحررات الإلكترونية الرسمية[2].

ب- الشروط الخاصة للعقد الرسمي الإلكتروني في ظل القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين إذا ارتبط العقد الإلكتروني بتوقيع إلكتروني موصوف (ب/1) أو شهادة إلكترونية موصوفة (ب/2) أصبح مثله مثل العقد الرسمي القائم على دعامة ورقية.

ب/1- أن يتمتع العقد الإلكتروني الرسمي بتوقيع إلكتروني موصوف

التوقيع الإلكتروني الموصوف يتطلب شروطا نصت عليها المواد 7 و8 من القانون رقم 15-04، وهي: أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، أن يرتبط بالموقع دون سواه، أن يمكن من تحديد هوية الموقع، أن يكون منشأ بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني، أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع، أن يكون مرتبط بالبيانات الخاصة به[3].

والتوقيع الإلكتروني الموصوف وحده يعتبر مماثلا للتوقيع المكتوب سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي.

ب/2- أن يرتبط العقد الإلكتروني الرسمي بشهادة إلكترونية موصوفة

تكون المصادقة على العقد الإلكتروني وإضفاء الرسمية عليه بواسطة الجهاز الآلي، بتقديم شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة وتوقيع إلكتروني موصوف، وتوافر المطابقة على الشفرة الموجودة على العقد، ويكون ذلك إما بحضور مؤدي خدمات التصديق أو الموظف المكلف بهذه الخدمة، أو حتى بعدم حضوره، وذلك من خلال التعريف بهوية المتعاقدان بشهادة إلكترونية موصوفة وتوقيع إلكتروني موصوف يوفر الأمان القانوني في هذه المعاملة الإلكترونية. إذا عند إبرام عقد إلكتروني وتوقيعه توقيعا إلكترونيا موصوفا أو ارتبط بشهادة إلكترونية موصوفة، نكون حينئذ بصدد عقدا إلكترونيا رسميا.

1- مليكة مراد، المرجع السابق، ص 48.
2- مليكة مراد، نفس المرجع، ص 49.
3- سيتم التعرض لذلك بالتفصيل عند تعرضنا لتوقيع الإلكتروني

ثانيا: العقد الإلكتروني العرفي

العقد الإلكتروني العرفي هو عقد موقع عليه إلكترونيا من ذوي الشأن ودون تدخل الموظف العام (جهات التصديق الإلكتروني)، ولا يشترط في هذا النوع من العقود نوعا معينا من التواقيع الإلكترونية التي تعتمد على درجة عالية من الموثوقية، إنما فقط يجب أن يرتبط التوقيع الإلكتروني بالعقد ويثبت قبول الموقع بمضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني، كما أنه لا يمكن أن يجرد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب شكله الإلكتروني، أو أنه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، أو أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني، وفي هذه الحالة نكون إما أمام عقد عرفي إلكتروني معد للإثبات (أ)، أو عقد عرفي إلكتروني غير معد للإثبات (ب).

أ- العقد الإلكتروني العرفي المعد للإثبات

هو العقد الموقع من ذوي الشأن، ولا تتوافر فيه مقومات المحررات الرسمية، أي لا يتطلب شكلية محددة لإنشائه[1]، ويعتبر هذا النوع من العقود حجة على من صدر منهم ويعتبر دليل عام في الإثبات، ويجب أن يتوفر فيه شرطين أساسيين هما: الكتابة والتوقيع بما فيه بالبصمة التي أضيفت بموجب الفقرة الثانية من المادة 327 من القانون المدني الجزائري، وذلك بمناسبة التعديل الذي أدخل عليه سنة 2005، حيث أصبح بالإمكان استخدام البصمة للتوقيع على العقد العرفي[2].

من خلال ما سبق للاحتجاج بالعقد العرفي الإلكتروني يشترط توافر الشروط التالية:- إمكانية قراءة المحرر العرفي، ثبوت تاريخ تحرير المحرر العرفي (المادة 328 قانون مدني جزائري)، استمرارية الكتابة، وعدم إنكار التوقيع.

ب- العقد الإلكتروني العرفي غير المعد للإثبات

هو عقد يغلب عليه أن يكون غير موقع من ذوي الشأن توقيعا إلكترونيا وفقا للشروط التي نصت عليها التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية في هذا الشأن، ويكون العقد غير معد للإثبات إذا لم تتجه الإرادة في إعداده إلى أن يكون دليلا للإثبات، ومع ذلك جعل له القانون حجية معينة في الإثبات ويعتبر كمبدأ ثبوت بالكتابة (المادة 335 فقرة 2 قانون مدني جزائري) وبالتالي كمصدر يستأنس به القاضي عند إصدار حكمه.

وبتوفر التقنيات الإلكترونية وتنوع وسائل الاتصال الحديثة ظهرت العديد من أشكال هذه الكتابة، أهمها الرسائل الإلكترونية، والدفاتر التجارية الإلكترونية، رسائل الفاكس.

1- الرسائل الإلكترونية

توجد عدة صور للرسائل إلكترونية لم تتجه الإرادة عند تحريرها لأن تكون أداة إثبات عند المنازعة في الحق الذي تشكل موضوعه، منها البريد الإلكتروني، ورسائل الهاتف المحمول.

يقصد بعبارة رسالة إلكترونية المعلومات المدخلة، المرسلة، المستلمة، أو المخزنة بالوسائل الإلكترونية ويشمل ذلك مثلا البيانات الإلكترونية المتبادلة، البريد الإلكتروني، الرسالة البرقية، والتلكس[3].

---

[1]- Gautrais vincent, Le contrat électronique international, 2ème Édition revue, delta, beyrouth, 2003, p 104

[2]- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادي الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم. ج.ر عدد 44 لسنة 2005.
المادة46: تعدل وتتمم المادة 327 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي:"المادة 327: يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.
ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

[3]- يونس عرب، حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية في القضايا المصرفية، الجزء الأول، مجلة البنوك، الأردن، ص4.

يستطيع الشخص بمجرد تملك عنوان بريد إلكتروني تبادل الرسائل الإلكترونية، كما يستطيع إلحاق ملفات ووثائق بتلك الرسائل وإرسالها إلى أي مكان في أرجاء المعمورة واستقبال مثلها.

ترسل الرسالة ابتداءا إلى شخص واحد أو أكثر وربما إلى عشرات الأشخاص في نفس الوقت، كما أن المرسل إليه يمكنه إعادتها إلى المصدر أو إرسالها إلى جهات أخرى بذات محتواها أو مضافا إليها، ورسالة البريد الإلكتروني في شكلها الاعتيادي تتضمن بيان الشخص المرسل والمرسل إليه، وتاريخ تصدير الرسالة وحجمها مقيسا بوحدات التخزين، وموضوعها إن حدد المرسل لها موضوعا، ومن حيث المحتوى تتضمن مادة مكتوبة أو صورا، وقد يلحق بالرسالة ملفات مكتوبة أو وثائق أو أفلام أو برامج أو ملفات صوتية أو موسيقى أو غير ذلك.

ولا يشترط أن يتم إرسال رسالة البريد الإلكتروني من كمبيوتر المرسل الخاص به أو باستخدام اشتراكه الخاص لخدمة البريد الإلكتروني، بمعنى أنها قد ترسل من أي جهاز إلى أي خادم وبأي اشتراك، كما يمكن أن يضمنها المرسل اسمه الحقيقي أو اسم مستعار أو اسم لشخص آخر، أو يستخدم عنوان البريد الإلكتروني لشخص آخر فيرسل الرسالة باسمه، وهي في صورها الأولية رسالة غير موقعة، لكن التطور التقني أوجد العديد من وسائل توقيعها وربطها بشخص مرسلها ومن ذلك استخدام التوقيع الإلكتروني في نسبة الرسائل إلى مصدرها.

2- الدفاتر التجارية الإلكترونية

نظرا لما تقتضيه المعاملات التجارية من سرعة في التعامل وائتمان ما يؤدي في أغلب الأحيان إلى عدم وجود أدلة مهيأة مسبقا لطرفي التصرف القانوني الذي يعد من الأعمال التجارية، لذلك فقد أجاز القانون حرية الإثبات في المسائل التجارية لا سيما عن طريق الدفاتر التجارية. فنصت المادة 13 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية"، وتعتبر هذه الدفاتر حجة لصالح التجار وقد تعتبر حجة عليه في بعض الحالات.

الوسائل الإلكترونية الحديثة ساعدت على التقليل من حجم الأرشيف الذي يحتفظ به التجار وبالتالي التقليل من الجهد والوقت والنفقات، من هذا المنطلق بادر الكثير من التجار إلى استخدام الأنظمة الآلية الإلكترونية في المحاسبة التجارية.

بالنسبة للمشرع الجزائري لم يشر إلى هذا النمط من الدفاتر صراحة حينما نص على الدفاتر التجارية في المواد من 9 إلى 18 من القانون التجاري، إلا أنه تطرق إليها في بعض القوانين والمراسيم، حيث حاول تنظيم النظام المحاسبي بطريقة إلكترونية على نهج المشرع الفرنسي، وذلك من خلال إصداره القانون رقم 11-07 المتضمن النظام المحاسبي المالي[1] والمرسوم التنفيذي المحدد لشروط وكيفيات مسك المحاسبة بواسطة أنظمة الإعلام الآلي[2].

حيث حدد المشرع بهذه النصوص مجموعة من الشروط القانونية تتعلق بمسك سجلات قيد المحاسبة (الدفاتر التجارية) بشكليها التقليدي والالكتروني، أهم هذه الشروط تتمثل في أن يكون متاحا فنيا تحديد وقت وتاريخ إنشاء القيد المحاسبي، أن يكون متاحا فنيا تحديد مصدر إنشاء القيد ورقمه، كما يجب أن تلبى كل محاسبة ممسوكة مقتضيات الحفظ والعرف والأمن والمصداقية واسترجاع المعطيات بعد التأشير عليها من طرف المحكمة المختصة وحفظها لمدة مساوية لمدة الدفاتر الورقية[3]

[1]- القانون رقم 07-11 المؤرخ في 15 ذي القعدة عام 1428 الموافق 25 نوفمبر سنة 2007، المتضمن النظام المحاسبي المالي، ج.ر عدد 74 لسنة 2007.
[2]- المرسوم التنفيذي رقم 09-110 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1430 الموافق 7 أبريل سنة 2009، المحدد لشروط وكيفيات مسك المحاسبة بواسطة أنظمة الإعلام الآلي، ج.ر عدد 21 لسنة 2009.
[3]- رحيل سمير، البات المعاملات الإلكترونية في القانون الخاص، مذكرة ماستر، كلية الحقوق بودواو جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 2019-2020، ص 104.

وبصدور قانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ألزم المشرع المورد الإلكتروني بحفظ سجلات المعاملات التجارية التي قام بها وحفظ تواريخها وإرسالها بطريقة إلكترونية إلى المركز الوطني للسجل التجاري كما سبق عرض ذلك في الفصل التمهيدي.

3- رسائل الفاكس

تعتبر مستخرجات الفاكس والتلكس كتابة إلكترونية لها حجية في الإثبات، وهي نتاج بعض الأجهزة غير المرتبطة بشبكة الانترنت. فالفاكس ليس وسيطا إلكترونيا يتدخل في عملية إنشاء المحرر أو توقيعه، فوظيفته تنحصر فقط في الإرسال والاستقبال، إذ ليس لديه أي تأثير في مضمون الرسالة بالزيادة أو النقصان رغم إرسال المحررات الأصلية عبره، إلا أن مستخرجاته من الوثائق ليست أصلية بل هي منسوخة من الأصل، تكون مرفقة ببعض البيانات المتعلقة بعملية الإرسال كالوقت والتاريخ وتحديد رقم واسم الجهة المرسلة[1]. فجهاز الفاكس يعمل بنظام إرسال واستقبال مربوط بهاتفين أو عدة هواتف، فيتم استخدامه لإرسال الوثائق من جهاز إلى جهاز آخر عن طريق ومضات كهرومغناطيسية يترجمها الجهاز المستقبل إلى نسخة مطبوعة من الوثيقة الأصلية، فينشأ الفاكس في طريق عمله إلى حد كبير في إرسال واستقبال، إلا أن رسائل التلكس متميزة عن رسائل الفاكس، حيث أن أجهزة التلكس تعتبر أكثر أمانا من أجهزة الفاكس، لأن استخدام التلكس يتم من خلال شبكة خاصة يسيرها ويتحكم في إدارتها مركز اتصال (وسيط)، الذي يقوم بتحديد هوية أطراف الرسالة ويتحقق من تلقى جهاز المرسل إليه للرسالة، كما يوثق عملية الإرسال بالتاريخ والوقت وبيانات الإرسال الأخرى، كما أنه يتميز بالسرية من خلال نظام التشفير فلا يمتلك مفتاح الشفرة إلا أطراف الرسالة، بحيث تتم عملية الإرسال حسب القاعدة المتبادلة بينهم[2].

الفرع الثاني: التصرفات القانونية المستثناة من الإثبات الإلكتروني

معظم التشريعات استثنت التصرفات التي تستوجب شكلية خاصة لإتمامها من الإثبات الإلكتروني، إذ نجد المشرع المدني الجزائري بموجب المادة 324 مكرر1 حدد العقود التي يجب إفراغها في شكل رسمي، حيث جاء فيها:"زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد.

كما يجب، تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي. وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد".

أيضا، وبحسب نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري يضاف إلى التصرفات السابقة، التي عددتها المادة 324 مكرر1 أعلاه، التي اشترط المشرع إفراغها في شكل رسمي، تحت طائلة البطلان، عقد الهبة المنصب على عقار الذي يعد هو أيضا من التصرفات المستثناة من الإثبات الإلكتروني إلى جانب المعاملات التي تستوجب إعداد عقد رسمي بحكم نص المادة 3 من قانون التجارة الإلكترونية.

وفضلا على ما سبق، نصت المادة 793 من القانون المدني الجزائري صراحة على أن: "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"، ونظرا لكون التسجيل والشهر إجراءين يتمان بصفة مادية فلا يتصور استيفاؤهما بشكل إلكتروني.

[1]- رحيل سمير، المرجع السابق، ص30.
[2]- رحيل سمير، نفس المرجع، ص31.

أما بالنسبة للتشريعات العربية فنجد القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 في مادته 6 استثنى من نطاق الإثبات الإلكتروني العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقا لتشريعات خاصة بشكل معين وتتم بإجراءات محددة ومنها إنشاء الوصية وتعديلها، وكذلك إنشاء الوقف وتعديل شروطه، وغيرها من المعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية، والحقوق العينية والتأمين الصحي.

وجاء في القانون الفيدرالي للولايات المتحدة الأمريكية الخاص بالتوقيع الإلكتروني في مجال التجارة العالمية والقومية الصادر في سنة 2000، أن هذا القانون لا يطبق في إنشاء وتنفيذ الوصايا وشهادات منح الثقة والتبني والطلاق والأمور المتعلقة بالأسرة، نزع الحيازة وإنهاء الرهون. وهو ما ذهب إليه التوجيه الأوربي للتجارة الإلكترونية بموجب المادة 1/9/أ، حيث تم استثناء العقود المنشئة والناقلة لحقوق عقارية فيما عدا حقوق الإيجار، والعقود التي تتطلب تدخلا من المحاكم والسلطات العامة، وعقود الكفالة والعقود التي يحكمها قانون الأسرة أو قانون الميراث مثل الوصية، الهبة، الطلاق، الزواج والتبني.

المبحث الثاني: التوقيع والتصديق الإلكترونيين

يعتبر التوقيع الإلكتروني العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المعد أصلا للإثبات، وهو الذي يسمح بإثبات نسبة العقد لمن وقعه. لذلك اهتم المشرعون في كثير من الدول بتنظيم التوقيع الإلكتروني بهدف توفير الثقة والأمان بين المتعاملين عبر الانترنت. وإزاء الأهمية الكبيرة لدور التوقيع الإلكتروني في الإثبات عامة وأهميته في إبرام العقود الإلكترونية، نتعرض لتعريف التوقيع الإلكتروني وصوره (المطلب الأول) والشروط الواجب توفرها في التوقيع الإلكتروني وحجيته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني وصوره

في هذا المطلب نتعرض لتعريف التوقيع الإلكتروني عند الفقه، ثم التشريعات الدولية، ثم التشريعات المقارنة (الفرع الأول)، وبما أن التطورات التكنولوجية أسفرت عن العديد من صور وأشكال التوقيع الإلكتروني، نتعرض لتبيان البعض منها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني

نتعرض لتعريف التوقيع الإلكتروني عند الفقه (أولا)، ثم في التشريعات الدولية (ثانيا)، وأخيرا في التشريعات المقارنة (ثالثا).

أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني عند الفقه

يوجد من الفقهاء من عرف التوقيع الإلكتروني بأنه: "عبارة عن توقيع رقمي يرتبط بالمعلومات التي تدل على ارتباط صاحبه واعترافه بما ورد على الوثيقة الإلكترونية المرسلة"[1].

هناك أيضا تعريف أخر للتوقيع الإلكتروني في الفقه الفرنسي الذي يرى أن التوقيع الإلكتروني هو: "مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات، وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبته[2].

مضمون هذا التعريف يبين أنه تعريف جامع مانع، لأنه تضمن مفهوم واسع للوسيلة التي يتم بها إنشاء التوقيع، ما يجعله معترفا بجميع صور التوقيع الإلكتروني، كما أبرز بوضوح وظائف التوقيع الإلكتروني من تحديد هوية الموقع والتعبير عن إرادته بالموافقة على مضمون المحرر الموقع عليه.

[1]- محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 12.
[2]- علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2005، ص 30.

ثانيا: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الدولية

1- تعريف التوقيع الإلكتروني وفقا لقانون الأونسترال

1-1- تعريف التوقيع الإلكتروني في قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996

منح قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية رسائل البيانات الإلكترونية حجية في الإثبات، كما اعترف بالتوقيع الإلكتروني وسوى بينه وبين التوقيع التقليدي، غير أنه عند الإطلاع على مواد قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، نجد أنه لم يعرف التوقيع الإلكتروني[1]، واكتفى في مادته السابعة بالإشارة للشروط الواجب توفرها في التوقيع الإلكتروني، حيث نصت الفقرة 1 منها على أنه: "عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات.

أ- إذا استخدمت طريقة لتعيين هوية الشخص والتدليل على موافقته على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

ب - كانت تلك الطريقة جديرة بأن يعول عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشأت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في كل الظروف بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر"[2].

1-2- تعريف التوقيع الإلكتروني في قانون اولأنسترال النموذجي الخاص بالتوقيعات الالكترونية لسنة 2001 عرفت المادة 2 من القانون النموذجي للتوقيع الالكتروني بأنه: "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، بحيث يمكن أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات وبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".

يستهدف هذا القانون النموذجي توفير يقين قانوني إضافي بشأن استخدام التوقيعات الإلكترونية، وهو يستند إلى مبدأ مرن يرسي افتراضا بأن التوقيعات الإلكترونية يجب أن تعامل على أنها مناظرة للتوقيعات بخط اليد عندما تستوفي معايير معينة بشأن الموثوقية[3].

يلاحظ على هذا التعريف للتوقيع الإلكتروني ما يلي:

- عدم تحديد نوع الطريقة التي بها يتم استخدام التوقيع الإلكتروني فاتحا المجال لإيراد أية طريقة تراها الدول ملائمة.

- ركز التعريف على أن أية طريقة للتوقيع يجب أن تحقق وظائف التوقيع الإلكتروني من تحديد هوية الشخص الموقع والتعبير عن إرادته بالموافقة على مضمون رسالة البيانات[4].

2- تعريف التوقيع الإلكتروني في توجيهات الإتحاد الأوروبي

سعى الإتحاد الأوروبي إلى تعريف التوقيـــع الإلكتروني في توجيهه الصادر من مجلس الإتحاد الأوروبي في 13 ديسمبر1999، والذي حث دول الإتحاد على إعداد تشريعات داخلية وفقا له لتحقيق الأغراض المستهدفة منه وهي إشاعة الثقة والأمان داخل السوق الأوروبية، وقد عرفت المادة 2 فقرة 1 التوقيع الإلكتروني بأنه:"بيان أو معلومة إلكترونية ترتبط منطقيا بمعلومات أو بيانات إلكترونية أخرى (كرسالة أو محرر)، والتي تصلح كوسيلة لتحديد هوية الشخص"[5].

---

[1]- لالوش راضية، أمن التوقيع الالكتروني، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2012، ص9.
[2]- إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 249.
[3]- منير محمد الجنبيهي، تزوير التوقيع الإلكتروني، الطبعة الثالثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 31.
[4]- علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 23.
[5]- علاء محمد نصيرات، نفس المرجع، ص 24.

كما جاء في نفس المادة أن التوقيع الإلكتروني المتقدم أو المؤمن هو عبارة عن توقيع إلكتروني يشترط فيه أن يكون مرتبط ارتباطا فريدا من نوعه مع صاحب التوقيع، قادر على تحديد صاحب التوقيع والتعرف عليه باستخدامه، ثم إيجاده باستخدام وسائل يضمن فيها صاحبه السرية التامة، ومرتبطة مع المعلومات المحتواة في الرسالة، حيث أنه يكشف أي تغيير في المعلومات[1].

يلاحظ على هذا التعريف أنه يميز بين تعريف التوقيع الإلكتروني العام (العادي) وتعريف التوقيع الالكتروني المتقدم أو المؤمن. فالتوقيع الإلكتروني العادي لم يشترط فيه سوى أن يكون مميزا وقادرا على تحديد الشخص الموقع، بينما التوقيع الإلكتروني المتقدم اشترط فيه أن تكون التقنية المستعملة جديرة بحماية صاحب التوقيع، وأن يضمن مع ما هو مرتبط به رابطة تمكن من اكتشاف أي تعديلات لاحقة على المحرر. وقد أعطت المادة 5 من التوجيه الحجية الكاملة للتوقيع الإلكتروني المتقدم مثله مثل التوقيع الخطي.

ثالثا: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات المقارنة

بالرغم من توافق معظم التشريعات في تعريف التوقيع الإلكتروني إلا أننا نجدها من حيث مضمونه تختلف في توسيع طرق إنشائه ونطاق استخدامه في أنواع معينة من المعاملات دون الأخرى، وهو ما سنتعرف عليه من خلال تطرقنا إلى تعريف التوقيع الإلكتروني وفقا للتشريعات الغربية (أ)، ثم التشريعات العربية (ب).

أ- تعريف التوقيع الإلكتروني وفقا للتشريعات الغربية

نتناول تعريف التوقيع الإلكتروني وفقا للتشريع الأمريكي(أ)، ثم وفقا للقانون الفرنسي (ب).

أ/1- تعريف التوقيع الإلكتروني وفقا للتشريع الأمريكي

عرف القانون الفيدرالي الأمريكي المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر في 30 جوان 2000، التوقيع الإلكتروني أنه:"عبارة عن أصوات أو إشارات أو رموز أو أي إجراء أخر يتصل منطقيا بنظام معالجة المعلومات إلكترونيا ويقترن بتعاقد أو مستند أو محرر، ويستخدمه الشخص قاصدا التوقيع على المحرر[2].

يلاحظ أن المشرع الأمريكي من خلال هذا النص ذكر بعض صور التوقيع الإلكتروني على سبيل الأمثلة وليس على سبيل الحصر حتى يفتح المجال أمام أية وسيلة تكنولوجية أخرى تكون قادرة على تحقيق متطلبات التوقيع الإلكتروني.

أما فيما يخص قانون المعاملات الإلكترونية الموحد، فقد عرف التوقيع الإلكتروني في المادة 08/102 أنه: "التوقيع الذي يصدر في شكل إلكتروني ويرتبط بالسجل".

هذا التعريف لم يحدد صور للتوقيع الإلكتروني، بل اكتفى أن يكون التوقيع في شكل إلكتروني فقط مهما كان الشكل، كما اشترطت المادة أن يكون التوقيع مرتبطا بسجل إلكتروني[3].

صدر قانون التوقيعات الإلكترونية للتجارة المحلية والعالمية وعرف أيضا التوقيع الإلكتروني أنه:"صوت أو رمز أو عملية إلكترونية مرفقة أو مرتبطة منطقيا بعقد أو سجل أخر، ومنفذة من قبل أحد الأشخاص بنية توقيع السجل[4].

---

[1]- علاء محمد نصيرات، نفس المرجع، ص 24.
[2]- نورا حطيل، المرجع السابق، ص 260.
[3]- علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 26.
[4]- محمد محمد سادات، حجية الإجراءات الموقعة إلكترونيا في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 32.

ما يلاحظ على التعريفين السابقين، أنه لم يختلف قانون المعاملات الإلكترونية الموحد على التعريف الذي أتى به قانون التوقيعات الإلكترونية في التجارة المحلية والعالمية، إلا أنه في هذا الأخير قد توسع في التعريف إذ أضاف أن التوقيع الإلكتروني يكون مرتبطا بصورة منطقية بعقد أو سجل آخر، إلا أن هذا التوسع لم يزد عن مجرد تفصيل في التعريف في خصوص السجل الذي يرتبط به.

كما يلاحظ أن كلا التعريفين يتصفان بالعمومية، حيث لم يتطلبا تقنية معينة تستخدم في إنشاء التوقيع الإلكتروني، وبذلك فإن التعريفين السابقين يتشابهان مع تعريف قانون الأونسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية[1].

أ/2- تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريع الفرنسي

تدخل المشرع الفرنسي بتعديل بعض نصوص القانون المدني مع التوقيع على العقود و المحررات الإلكترونية ، فنص في المادة 4/1316 الفقرة 02 المعدلة بالقانون الصادر في 13 مارس 2000 تحت رقم 2000-230 بتعريف التوقيع الإلكتروني بأنه التوقيع الذي ينتج عن استخدام أية وسيلة مقبولة موثوق بها، لتحديد هوية الموقع و تكفل اتصال التوقيع بالعمل أو المستند المرتبط به[2]. أما الفقرة الأولى من نفس المادة فعرفت التوقيع بأنه التوقيع الذي يميز هوية صاحبه وهو التعريف العام للتوقيع[3]. كما عرف مجلس الدولة الفرنسي في 2001/03/30 التوقيع الإلكتروني، بأنه مجموعة من البيانات تصدر عن شخص نتيجة الالتزام بالشروط الواردة في الفقرة الثانية من المادة 4/1316 من القانون المدني الفرنسي[4].

ما يلاحظ على المشرع الفرنسي، أنه عرف التوقيع مركزا على وظائف التوقيع في الفقرة الأولى من المادة 4/1316 مما يسمح باتساع نطاقه ليشمل التوقيعات التقليدية والإلكترونية، ثم جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة ليضع شروطا لتحقيق التعادل الوظيفي بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي، وهو أن تكون طريقة إنشاء التوقيع الإلكتروني موثوق بها، مع وجوب ارتباط التوقيع الإلكتروني بالبيانات موضوع التوقيع.

ب- تعريف التوقيع الإلكتروني وفقا لتشريعات العربية

ب/1- تعريف التوقيع الإلكتروني في القانون الجزائري

أستعمل المشرع الجزائري، عند تعديل القانون المدني سنة 2005، في نص المادة 327 فقرة 2 عبارة -يعتد بالتوقيع الإلكتروني- وربط شروط الاعتداد بالتوقيع الإلكتروني بالشروط الواردة في المادة 323 مكرر1 من نفس القانون، وهذه الشروط هي: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها. أي أنها نفس الشروط التي تتعلق بالكتابة الإلكترونية وكأن التوقيع والكتابة لهما نفس الوظيفة.

تعرض، أيضا، المشرع الجزائري إلى التوقيع الإلكتروني في نص المادة 3 مكرر1 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162المؤرخ في 30 ماي 2007[5]، وقرر أن: "التوقيع الإلكتروني هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر1 من القانون المدني"، وكان ذلك بعد ما نص في المادة 3 من نفس المرسوم على أن: "التوقيع الإلكتروني المؤمن هو التوقيع الإلكتروني الذي يفي بالمتطلبات التالية: يكون خاصا بالموقع، يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية، ويضمن مع الفعل المرتبط به، صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه. غير أنه باستقراء نص هذه المادة يتضح أن هذا التعريف يعتريه الكثير من القصور، حيث أن المشرع لم يشترط أن ينشأ هذا التوقيع المؤمن على أساس شهادة تصديق، وهي من المتطلبات المهمة والأساسية التي تمنح التوقيع الإلكتروني صفة الموثوقية.

---

[1] - محمد محمد سادات، المرجع السابق، ص 25 و26.

[2]- علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 27.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 191.

[4]- محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 12.

[5]- المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 13 جمادي الأولى عام 1428 الموافق 30 مايو سنة 2007، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 15 صفر عام 1422 الموافق 9 مايو سنة 2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية. ج.ر عدد 37 لسنة 2007.

غير أن المشرع الجزائري تدارك هذا النقص عند صدور القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين[1]، في مادته الثانية التي جاء فيها "يقصد بما يأتي:1- التوقيع الإلكتروني: بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق...."، وأعاد المشرع الجزائري التأكيد في قانون التجارة الإلكترونية، بأنه يقصد بالتوقيع الإلكتروني: بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق[2].

الملاحظ على هذا التعريف أنه جاء ناقصا مقارنة بالتشريعات السابقة الذكر، لأنه أغفل عنصر أساسي ومهم جدا وهو قدرة التوقيع على الكشف عن صاحب التوقيع وكذلك رضائه حول ما احتواه المحرر الإلكتروني.

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قدم نوع جديد من التوقيع وهو التوقيع الإلكتروني الموصوف الذي ورد في المادة 7 من قانون رقم 15-04، بالإضافة إلى التوقيع الإلكتروني البسيط (العادي) الذي يستوجب لشروط المواد 323مكرر و323 مكرر1 من القانون المدني، وهو البيانات الإلكترونية التي تتخذ هيئة حروف أو أوصاف أو أرقام... والتي تستخدم بغرض تحديد هوية صاحبها والدلالة على شخصيته.

ب/2- تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريع المصري

عرف المشرع المصري التوقيع الإلكتروني، بموجب القانون رقم 2004-15المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات، بأنه: "ما يوضع على محرر إلكتروني، ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع، ويميزه عن غيره"[3].

ما يلاحظ على هذا التعريف، أنه ركز على تبيان صور التوقيع الإلكتروني مع اشتراط الطابع المنفرد حتى تضمن السرية التامة وتحديد هوية الموقع وتمييزه عن غيره، وهي إحدى وظائف التوقيع، وأغفل الوظيفة الثانية للتوقيع، وهي التعبير عن إرادة الموقع بالموافقة على مضمون السند، مما يجعل إرادة الموقع مفترضة بمجرد وضع التوقيع على المحرر. كما أنه عرف التوقيع الإلكتروني بعبارة ما- يوضع على المحرر- و التي تدل على الغموض في تحديد فكرة الارتباط المنطقي بين التوقيع و المحرر.

ب/3- تعريف التوقيع الإلكتروني في القانون الأردني

عرفت المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 التوقيع الإلكتروني، بأنه: "البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أية وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها، ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه"[4].

يلاحظ على هذا التعريف أنه استوعب كل الوسائل الإلكترونية الموجودة حاليا أو التي سوف توجد في المستقبل، كما أن هذا التعريف منح الحجية القانونية الكاملة للتوقيع الإلكتروني مثله مثل التوقيع التقليدي من حيث قدرته على تحديد هوية الشخص الموقع والتعبير عن رضائه بما احتواه المحرر الإلكتروني. غير أن هذا التعريف قد أغفل إجراءات صدور التوقيع الإلكتروني وتوثيقه والتي غالبا ما يتولاها شخص مرخص له بذلك[5].

الفرع الثاني: صور التوقيع الإلكتروني

إذا كان التوقيع التقليدي، على ما حددته معظم التشريعات، يتمثل في التوقيع بالإمضاء أو بالختم أو ببصمة الأصبع، فإن التوقيع بالطريق الإلكتروني يأخذ عدة صور منها:

---

[1]- القانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر عدد 06 لسنة 2015.

[2]- المادة 2 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين. ج.ر عدد 06 لسنة 2015.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 192.

[4]- حمدي القبيلات، قانون الإرادة العامة الإلكترونية، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى 2014، ص 119.

[5]- ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، ماهيته مخاطره وكيفية مواجهته، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص47.

أولا: التوقيع الإلكتروني الرقمي

يعتبر التوقيع الرقمي من أهم صور التوقيع الإلكتروني لما يتمتع به من درجة عالية من الثقة والأمان في استخدامه. وهو عبارة عن رقم سري أو رمز سري ينشئه صاحبه باستخدام برنامج حاسوب آلي ينشأ دالة رقمية مرمزة لرسالة إلكترونية، يجري تشفيره بإحدى خوارزميات المفتاح العام والمفتاح الخاص[1].

ينشأ التوقيع الرقمي و يتحقق من صحته باستخدام التشفير (الترميز)، و بناءا على ذلك إذا أراد الموقع إرسال رسالة بيانات عبر البريد الإلكتروني مثلا، فإنه يقوم بإعداد ملخص الرسالة باستخدام برنامج تشفير وباستخدام المفتاح الخاص وإرسالها للشخص المرسل إليه (المستلم) الذي يستخدم المفتاح العام للتحقق من صحة التوقيع، ثم ينشئ المرسل إليه ملخص رسالة باستخدام نفس برنامج التشفير و يقارن بين ملخص الرسالتين، فإذا كانتا متطابقتان فهذا دليل على أن الرسالة وصلت سليمة كما هي و لم يحدث بها أي تغيير أو تحريف، أما إذا تم إحداث تغيير في الرسالة فسيكون ملخص الرسالة التي أنشاها (المرسل إليه) المستلم مختلفة عن ملخص الرسالة التي أنشأها الموقع[2].

فالتوقيع الإلكتروني الرقمي يتم من خلال معادلات رياضية باستخدام اللوغاريتميات يتحول بها التوقيع أو المحرر المكتوب من نمط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية لا يمكن لأحد أن يعيدها إلى الصيغة المقروءة إلا الشخص الذي لديه المعادلة الخاصة بذلك أي المفتاح العام والخاص[3].

ثانيا: التوقيع باستخدام بطاقات الائتمان بالرقم السري Pin

درجت البنوك على منح عملائها بطاقات الائتمان الممغنطة لها رقم سري لا يعلمه إلا صاحب البطاقة، وذلك تسهيلا لإبرام صفقات تجارية بشكل عام والحصول على نقود في أي وقت على وجه الخصوص. وتستخدم هذه البطاقات إما في سحب مبالغ نقدية في الحدود المتفق عليها بين العميل والبنك بموجب عقد إصدار البطاقة والحساب الخاص بالعميل، أو في دفع قيمة المشتريات التي يقوم العميل بشرائها من أماكن تقبل الدفع بهذه البطاقة.

ولكي يقوم العميل بإتمام أية عملية منهما عليه أن يدخل البطاقة بالوضع الصحيح داخل الجهاز المخصص لتنفيذ العملية، ثم بعدها يقوم بإدخال رقمه السري الخاص ثم يقوم بالضغط على الاختيار الخاص بإتمام العملية[4].

تكمن دقة هذا النظام في أنه يشتمل على رقم سري مميز و فريد بصاحبه، و بالتالي لو عثر على البطاقة فلا يستطيع أي شخص استخدامها ما لم يكن على علم بالرقم السري، وهذا نادرا ما يحدث إلا بإهمال من قبل حامل البطاقة الذي يمكنه تفادي ذلك عن طريق مخاطبة البنك بوقف العمل بهذه البطاقة وإلا فإن هذه البطاقة و الرقم السري قد يحقق وظائف التوقيع بكفاءة عالية[5].

ثالثا: التوقيع بالخواص الذاتية (البيومتري)

إن التوقيع البيومتري يتم باستخدام الخواص الذاتية أو الطبيعية كإجراء للتوثيق يقوم بصفة أساسية على الخواص الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للإنسان[6]، التي لا يمكن أن تتشابه من الناحية الإكلينيكية مع غيره.

وجهت انتقادات لنظام التعامل بالبطاقات الممغنطة المقترنة بالرقم السري وظهر البديل وهو البصمة الصوتية للشخص، أو بصمة إصبعه، أو بصمات الشفاه.

ووفقا لهذه الطريقة يتم تخزين بصمة الشخص داخل الدائرة الإلكترونية للجهاز الذي يتم التعامل معه أومن خلاله، بحيث لا يتم الدخول إلا عندما ينطق الشخص كلمات معينة أو يضع بصمة الأصبع المتفق عليها أو بصمة شفاه المخزنتين في ذاكرة الجهاز الإلكتروني، بحيث يتم التعامل فقط عندما يتأكد الجهاز من عملية المطابقة الكاملة.

1- علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 37.
2- خالد ممدوح، المرجع السابق، ص 199.
3- علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 38.
4- سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص 67.
5- علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 36.
6- سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص 70.

وارتباط هذه الخواص الذاتية بالإنسان تسمح بتمييزه عن غيره بشكل موثوق به إلى أقصى الحدود، وهو ما يتيح استخدامها في التوقيع على العقود الإلكترونية، وهذا النوع من التوقيع كشأن كل أنواع التوقيع الإلكتروني يرتبط استخدامه والوثوق فيه بمدى درجة تقدم التكنولوجيا التي تؤمن انتقاله بدون القدرة على التلاعب به[1].

رابعا: التوقيع بالقلم الإلكتروني

هذه الطريقة عبارة عن قلم إلكتروني يمكنه الكتابة على شاشة الكمبيوتر عن طريق برنامج هو المسيطر والمحرك لكل هذه العملية، ويقوم هذا البرنامج بوظيفتين أساسيتين لهذا النوع من التوقيعات: الوظيفة الأولى تتمثل في خدمة التقاط التوقيع أما الوظيفة الثانية فهي خدمة التحقق من صحة التوقيع بالماسح الضوئي **scanner**، ثم تنقل هذه الصورة إلى الرسالة الإلكترونية المراد منها إضافة هذا التوقيع إليها للحجية عليها[2].

غير أن هذه الطريقة تواجه الكثير من المعوقات تتمثل في عدم الثقة، حيث يمكن للمستقبل أن يحتفظ بهذا التوقيع الموجود على المحرر الذي استقبله عن طريق شبكة الانترنيت عبر جهاز scanner ووضعه على أي مستند آخر لديه دون وجود أي طريقة يمكن من خلالها التأكد من أن صاحب هذا التوقيع هو الذي وضعه على هذا المستند وقام بإرساله إلى هذا الشخص.

المطلب الثاني: الشروط الواجب توفرها في التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات

في هذا المطلب سنتناول الشروط الواجب توفرها في التوقيع الإلكتروني (الفرع الأول)، ثم دور المصادقة الإلكترونية في توثيق التوقيع الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط الواجب توفرها في التوقيع الإلكتروني

يمكن استنتاج الشروط اللازم توافرها في التوقيع الإلكتروني من وظيفته في الإثبات، حيث يلعب دورا مهما في تحديد هوية الموقع وتمييزه عن غيره (أولا)، كما يجب أن يعبر عن إرادة صاحب التوقيع وإقراره بمضمون المحرر (ثانيا)، وأن يتصل بالمحرر بصورة مستمرة (ثالثا).

أولا: تحديد هوية الشخص الموقع

التوقيع علامة شخصية يمكن من خلالها تمييز هوية الموقع وتدل على صاحبها دلالة ناهية لا لبس فيها. وهو كما يقول الأستاذ **Savatier** ترجمة لكلمة أو لفظ تمييز شخصية الموقع، وتتكون هذه العلامة من إحدى الخواص الأساسية للموقع، هي اسمه ولقبه، فالاسم هو روح التوقيع، ويرجع ذلك أساسا إلى أن الاسم يستطيع التعبير عن الشخص بطريقة واضحة ومحددة، والاسم بذلك هو الترجمة الحرفية للعلامة. يعد التوقيع الإلكتروني صورة من قبيل العلامات المميزة الخاصة بالشخص وحده دون غيره ولا يشاركه بها أحد، فالتوقيع البيومتري القائم على الخصائص الذاتية أو بالرقم السري بكل مجالاته أو بالقلم الإلكتروني أو التوقيع الرقمي، كلها تتضمن علامات مميزة تميز الشخص عن غيره، كذلك الرقم السري فلا يمكن أن يتشابه اثنان بنفس الرقم السري داخل النظام الواحد، فهو يميز كل شخص عن غيره، فلا يستطيع أحد استخدام الرقم السري لشخص آخر ولا يمكنه أن يعرفه بأي طريقة إلا بإهمال صاحبه في حفظه. كذلك التوقيع بالقلم هو مثل الإمضاء العادي له قدرة على تمييز صاحبه عن غيره من الأشخاص، يتمتع بقدر من الحماية، فلا يمكن إنجازه إلا إذا طابق التوقيع بالقلم الإلكتروني الإمضاء المحزن في الحاسوب. أما بالنسبة للتوقيع الرقمي فهو كالرقم السري خاص بصاحبه ويستطيع أن يميزه عن غيره، فهو يقوم على مفتاحين عام وخاص وهذا الخاص لا يعلمه أحد إلا الشخص الموقع، وعند استخدام هذا التوقيع يستطيع الشخص الذي يصله التوقيع أن يتحقق من التوقيع بواسطة السلطات التي تؤكد صحة التوقيع، وعليه فلكل شخص توقيع رقمي مميز له عن غيره[3].

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 201.
[2]- خالد ممدوح إبراهيم، نفس المرجع، ص 200.
[3]- علاء محمد نصيرات، مرجع سابق، ص 65.

نستطيع القول أن التوقيع الإلكتروني قادر على تحديد هوية الشخص الموقع بجميع صوره وبصفة ممتازة إذا ما كانت الوسائل المنشأة له مدعمة بوسائل توفر الثقة الكافية بها، أما إذا لم يكن التوقيع كاشفا عن هوية صاحبه ومحدد لذاتيته فإنه لا يتعد به.

ثانيا: التعبير عن إرادة الموقع بالموافقة على مضمون المحرر

يعد التوقيع من وسائل التعبير عن الإرادة التي يستخدمها الشخص لإنشاء تصرف قانوني معين والالتزام به، ويفترض القانون أن مجرد وضع الشخص لتوقيعه على محرر ما فإنه قد أقر بما فيه أو علم بمضمونه.

هذه الوظيفة التي تفيد انصراف إرادة الموقع نهائيا إلى الالتزام بما وقع عليه ركزت عليها التشريعات التي تنظم التوقيع الإلكتروني من الزاوية الوظيفية له كما جاء في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 المادة 07 منه أن التوقيع الإلكتروني يستخدم لبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

كما أن المادة 327 من القانون المدني الجزائري تنص على أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكره، بذلك إن المشرع اعترف بأن التوقيع من وسائل التعبير عن إرادة الموقع على ما جاء في العقد، وهو ما يفيد اعترافه بوظيفة التوقيع الإلكتروني المتمثلة في التعبير عن إرادة الموقع باعتبار أن مصطلح التوقيع في هذه المادة تشير إلى التوقيع بمعناه العام.

بالنسبة للتوقيع الإلكتروني يجب أيضا أن يكون متصلا بالمحرر الإلكتروني حتى يمكن أن يثبت إقرار الموقع بمضمون المحرر، وهذا يكون بالاعتماد على كفاءة التقنيات المستخدمة في تأمين مضمون المحرر المدون إلكترونيا، وبالتالي تأمين ارتباطه بشكل لا يقبل الانفصال عن التوقيع[1].

وبالإمكان توافر شرط اتصال التوقيع بالمحرر من خلال اعتماد تقنيات تكفل توافره في شتى صور التوقيع الإلكتروني، كما هو في حالة التوقيع الرقمي، والتوقيع بالقلم الإلكتروني، والتوقيع بالرقم السري.

ثالثا: إثبات سلامة المحرر الإلكتروني

يتناول هذا الشرط مسألة مهمة وضرورية، وهي سلامة مضمون المحرر الموقع من أي تعديل قد يطرأ عليه بعد توقيعه، ففي عقود التجارة الإلكترونية أو غيرها من العقود فإن وضع التوقيع الإلكتروني على العقد يعني اتجاه إرادة الموقع إلى انصراف أثار العقد والتزامه به. مثال في عقود الحصول على استشارة طبية عبر الانترنت متى وقع طالب الخدمة بالحصول عليها وجب عليه القيام بسداد قيمتها باعتباره طرفا ملتزما في هذا العقد، حيث يشترط في التوقيع الإلكتروني لكي يؤدي وظيفته في إثبات إقرار الموقع بما ورد في مضمون المحرر الحفاظ على سلامة مضمون المحرر.

والسلامة المطلوبة في تبادل البيانات عبر شبكة الانترنت تحقق سلامة المحرر عن طريق التوقيع الإلكتروني، فيناط به وظيفة كشف أي تغيير لاحق يمس بيانات المحرر الإلكتروني أو بيانات إنشائه عقب توقيعه، ويمكن كشف التغيير من خلال منظومة فحص التوقيع الإلكتروني بفضل المفتاح العام المرسل الذي يسمح للمرسل إليه بالعثور على المحرر الإلكتروني، وبعد ذلك يقوم المرسل إليه بواسطة برنامجه بإجراء ملخص أخر للمحرر الإلكتروني، وأخيرا يقوم بمقارنة الملخص الناتج مع الملخص المستلم، وإذا ما تم التوافق بينهما فإن المحرر الإلكتروني يكون صحيحا[2].

---

[1]- حدوش رفيق، التعاقد عبر الانترنت، ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس، 2012-2013، ص 115.
[2]- علاء حسين مطلق التميمي، حجية المستند الإلكتروني في الإثبات المدني، دار النهضة العربية، 2010، ص 148

الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

اعترفت جل التشريعات بحجية التوقيع الإلكتروني، الذي يقصد بها القوة التي يمنحها المشرع للتوقيع الإلكتروني في الإثبات.

اشترط المشرع الجزائري، على غرار معظم المشرعين في العالم، لتمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية جملة من الشروط حددها القانون المدني بموجب المادة 323 مكرر والمادة 323 مكرر1 والتي سبق التعرض إليها عند تطرقنا للكتابة الإلكترونية، وأضاف إليها عند إصدار سنة 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين مفهوم آخر للتوقيع الإلكتروني، وهو التوقيع الإلكتروني الموصوف (أولا)، بالإضافة إلى نصه على توثيق التوقيع الإلكتروني من قبل سلطات التصديق، وهو ما يؤدي إلى إعطاء التوقيع الإلكتروني الحجية القانونية في مواجهة أطرافه والغير (ثانيا).

أولا: شروط التوقيع الإلكتروني الموصوف

تختلف التسميات التي تطلقها التشريعات المقارنة على هذا النوع من التواقيع الإلكترونية، فهناك من استعمل عبارة التوقيع الإلكتروني المؤمن، المتقدم، المعزز، الموثوق.

التوقيع الإلكتروني الموصوف، طبقا لأحكام القانون رقم 18-05، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، هو التوقيع الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:1- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، 2- أن يرتبط بالموقع دون سواه، 3- أن يمكن من تحديد هوية الموقع، 4- أن يكون منشأ بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني، 5- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع، 6 - أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات"[1].

1- أن ينشا على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة

نظرا لتنامي مخاطر القرصنة الإلكترونية وإساءة استخدام أسماء الغير وانتحالها في أنشطة غير مشروعة عبر شبكة الانترنت، تم الاستعانة بطرف ثالث محايد موثوق به، يدعى مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، يقوم بإصدار شهادة تسمى "شهادة التصديق الإلكتروني" يتم من خلالها التأكد من شخصية الموقع – المرسل– تشهد بأن التوقيع الإلكتروني هو توقيع صحيح ينسب إلى من أصدره ويستوفي الشروط والضوابط المطلوبة فيه من أجل الأخذ به واعتباره دليل إثبات يعول عليه.

كما تؤكد هذه الشهادة أن البيانات الموقع عليها هي بيانات صحيحة لم يطرأ عليها أي تعديل سواء بالحذف أو بالإضافة أو التغيير، وبهذه الشهادة تصبح بيانات المحرر الإلكتروني وتوقيعه موثوقة[2].

وللأهمية القصوى لشهادة المصادقة الإلكترونية نصت أحكام المادة 15 فـ3 من القانون السابق الذكر، على المتطلبات التي يجب أن تتضمنها، وهي:

أ- إشارة تدل على أنه تم منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق إلكتروني موصوفة،

ب- تحديد هوية الطرف الثالث الموثوق أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المرخص له المصدر لشهادة التصديق الإلكتروني وكذا البلد الذي يقيم فيه،

ج- اسم الموقع أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته،

1- المادة 7 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015، المحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين. ج.ر عدد 06 لسنة 2015.

2- لالوش راضية، المرجع السابق، ص 98.

ح- إمكانية إدراج صفة خاصة للموقع عند الاقتضاء، وذلك حسب الغرض من استعمال شهادة التصديق الإلكتروني،

خ - بيانات تتعلق بالتحقق من التوقيع الإلكتروني، وتكون موافقة لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني،

د - الإشارة إلى بداية ونهاية مدة صلاحية شهادة التصديق الإلكتروني،

ذ - رمز تعريف شهادة التصديق الإلكتروني،

ر - التوقيع الإلكتروني الموصوف لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أو للطرف الثالث الموثوق الذي يمنح شهادة التصديق الإلكتروني،

ز - حدود استعمال شهادة التصديق الإلكتروني، عند الاقتضاء،

س - حدود قيمة المعاملات التي قد تستعمل من أجلها شهادة التصديق الإلكتروني، عند الاقتضاء،

ش- الإشارة إلى الوثيقة التي تثبت تمثيل شخص طبيعي أو معنوي آخر، عند الاقتضاء.

تعد هذه البيانات إلزامية لأن المشرع استعمل عبارة "... تتوفر فيها المتطلبات الآتية...". وفي حال ما إذا تخلف بيان من هذه البيانات المذكورة تفقد شهادة المصادقة الإلكترونية صفتها كشهادة موصوفة، وحين إذن يعد التوقيع الإلكتروني توقيعا بسيطا أي عاما يثبت هوية الموقع لا غير.

2 - أن يرتبط بالموقع دون سواه

يقصد بحسب نفس القانون ب:"الموقع: شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله" (المادة البند 2). أما شرط أن يكون التوقيع مرتبط بالموقع وحده دون سواه، فيقصد به أن تكون رابطة قوية ودائمة بين التوقيع الإلكتروني والموقع أي علامة مميزة لشخصيته بحيث يضمن هذا التوقيع نزاهة المحرر الإلكتروني من المخاطر التي تحيط به أثناء إرساله عبر شبكة الانترنت من إمكانية اطلاع أي شخص غير أطراف العقد عليه أو تعديل محتواه[1]، لذلك أكد المشرع على ضرورة سيطرة الموقع وحده دون غيره عليه.

3- أن يمكن من تحديد هوية الموقع

التوقيع سواء كان تقليديا أو إلكترونيا هو أسلوب يمكن من تحديد هوية الشخص الموقع ويميزه عن غيره، وكذلك نسبة ما تضمنه السند الذي وقع عليه بكامل محتوياته، فإذا لم يكن التوقيع كاشفا عن هوية صاحبه ومحدد لهويته فإنه لا يعتد به. فلا يتصور مثلا أن يتم منح شخص عديم الأهلية أو ناقص الأهلية توقيعا إلكترونيا، لأن ذلك الأمر يترتب عليه التزامات يتوجب على صاحب التوقيع الإلكتروني تنفيذها، وحتى تتمكن جهات إصدار التوقيع الإلكتروني من منح التوقيع لشخص ما يجب أن يكون كامل الأهلية[2].

4- أن يكون منشأ بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني

عدد القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، في المادة **11**، متطلبات إنشاء آلية التوقيع الإلكتروني المؤمنة، كما يلي:

1- يجب أن تضمن بواسطة الوسائل التقنية والإجراءات المناسبة، على الأقل، ما يأتي:

[1]- عبطر محمد أمين، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر 2010-2011، ص 130.
[2]- محمد حسام لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، القاهرة 1997، ص 11

أ- ألا يمكن عمليا مصادفة البيانات المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني إلا مرة واحدة، وأن يتم ضمان سريتها بكل الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد،

ب - ألا يمكن إيجاد البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني عن طريق الاستنتاج وأن يكون هذا التوقيع محميا من أي تزوير عن طريق الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد،

ج - أن تكون البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني محمية بصفة موثوقة من طرف الموقع الشرعي من أي استعمال من قبل الآخرين.

2- يجب ألا تعدل البيانات محل التوقيع و أن لا تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموقع قبل عملية التوقيع.

كما أوجب نفس القانون في المادة 13، أن تتوفر جملة من المتطلبات في آلية التحقق من التوقيع الإلكتروني، وهي:

1- أن تتوافق البيانات المستعملة للتحقق من التوقيع الإلكتروني مع البيانات المعروضة عند التحقق من التوقيع الإلكتروني،

2- أن يتم التحقق من التوقيع الإلكتروني بصفة مؤكدة وأن تكون نتيجة هذا التحقق معروضة عرضا صحيحا،

3- أن يكون مضمون البيانات الموقعة، إذا اقتضى الأمر، محددا بصفة مؤكدة عند التحقق من التوقيع الإلكتروني،

4- أن يتم التحقق بصفة مؤكدة من موثوقية وصلاحية شهادة التصديق الإلكتروني المطلوبة عند التحقق من التوقيع الإلكتروني،

5- أن يتم عرض نتيجة التحقق وهوية الموقع بطريقة واضحة وصحيحة.

يتم التأكد من مطابقة الآلية المؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني الموصوف، والآلية الموثوقة للتحقق من التوقيع الإلكتروني الموصوف من طرف الهيئة الوطنية المكلفة باعتماد آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني والتحقق منه (المادة 14 نفس القانون).

5- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع

هذا الشرط يرتبط ارتباطا وثيقا بالشرط السابق الذي يوجب أن ترتبط معطيات التوقيع بالموقع وحده، فسيطرة شخص واحد فقط على وسيلة إنشاء التوقيع يؤدي إلى أن تكون البيانات الناتجة عن هذه الوسيلة مرتبطة فقط بهذا الشخص وخاصة به[1]، وتوجد عدة وسائل تمكن الموقع من ذلك، كاستعمال تقنية نظام التشفير "**CRYPTOLOGIE**" الذي يتميز بتوفير الرقابة الحصرية لصاحبه على توقيعه حيث يعتبر الأوسع نطاقا والأكثر استخداما نظرا لطابع الأمان والثقة التي يوفرهما، لذا حاز على اعتراف وثقة العديد من الدول بشكل عام والشركات والبنوك بشكل خاص[2].

عمليات التشفير على صنفين: تشفير متناظر "متماثل" وتشفير غير متناظر "اللا متماثل". يستخدم في التشفير المتناظر مفتاح واحد للتشفير وفك التشفير بين الأطراف المرسلة والمستقبلة. بينما يستخدم مفتاحان لكل متعامل[3] في حالة التشفير غير المتناظر، حيث يكون المفتاح:

---

[1]- عيطر محمد أمين، المرجع السابق، ص 130.

[2]- لالوش راضية، المرجع السابق، ص 39 .

[3]- مفتاح التشفير الخاص عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط، وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي، أما مفتاح التشفير العمومي فهو عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الإلكتروني، وتدرج في شهادة التصديق الإلكتروني. المادة 2 البند 8 و9 على التوالي من القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

- الأول مفتاح عام (**Clé Publique**) معروفا للمرسل إليه لاستخدامه لفك التشفير وللتحقق من شخصية الموقع على المحرر الإلكتروني والتأكد من سلامته. ويتميز هذا المفتاح بعدم سريته.

- الثاني مفتاح خاص (**Clé Privé**) لفك التشفير والتوقيع الإلكترونيين عن المحررات الإلكترونية المرسلة، وسمي مفتاح خاص لأنه يميز كل شخص عن غيره من المستخدمين ويكون بمثابة هوية إلكترونية يمكن صاحبها من فك أي معلومة مشفرة مرسلة إليه [1].

وبالتالي فالمفتاح العام يتميز عن المفتاح الخاص بكونه معروفا ومفتاحا إلكترونيا لطرفين أو أكثر، غير أن هذا التمييز الذي يخص المفتاح العام لا يفصله عن المفتاح الخاص لأنهما مرتبطان في عملهما ويكمل كل منهما الأخر لوجود رابطة مباشرة بينهما، فإذا استعمل المفتاح الخاص لتشفير المحرر فلا يمكن فك التشفير إلا بالمفتاح العام والعكس صحيح. كما أنه لو عرف أحد المفتاحين فلا يمكن معرفة المفتاح الأخر حسابيا لأن منظومة التوقيع الرقمي ترتكز على فكرة اللوغاريتمات والمعادلات الرياضية المعقدة من الناحية الفنية وبالتالي لا يكون بإمكان أي شخص إعادة هذه المعادلة اللوغارتمية إلى صورتها المقروءة إلا الشخص الذي لديه المعادلة الخاصة بذلك، والتي تتمثل في مفتاح التشفير، فهو فقط الذي يمكنه فك هذا التشفير [2].

6 - أن يكون مرتبط بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات

يهدف التوقيع الإلكتروني إلى تأكيد الصلة بين صاحب المحرر الإلكتروني وبين المعلومات الواردة فيها، هذا يعني أنه لابد أن يكون التوقيع متصلا اتصالا ماديا ومباشرا بالبيانات وبالمحرر حتى يكون دليلا على إقرار الموقع بما ورد في المحرر. وبضرورة تكامل بيانات التوقيع الإلكتروني يكون أي تغيير يلحق بالبيانات أو المحرر بعد توقيعه قابلا للكشف هذا ما يجعل المحرر الإلكتروني غير صالح للإثبات[3]، يتحقق ذلك عن طريق المصادقة الإلكترونية التي يعهد إليها منح شهادات التصديق الإلكتروني، والتي تحقق في مدى صحة البيانات الواردة في التوقيع أو عدم صحتها.

لاشك أن التوقيع الإلكتروني بالشروط السابقة الذكر سوف يحقق الثقة و الأمان لدى المتعاملين به، حيث يضمن هوية موقعه ويعبر عن إرادته في الارتباط بالمعاملات الإلكترونية دون لبس. كما أنه يحافظ على المحرر الإلكتروني بصورته الأولى دون تعديل أو تحريف أو العبث بمحتوياته، وبذلك تتوفر فيه الشروط والضمانات التي يتطلبها القانون في المحررات التي تصلح لأن تكون دليلا في الإثبات بحسب نص المادة 8 من القانون 15-04، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، التي تقضي بأن:"يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي".

---

[1]- محمد نوربهان، عز الدين خطاب، التجارة الإلكترونية، القاهرة، 2009، ص 271.

[2]- لتوضيح هذه العملية نسوق المثال التالي: (أ) يريد أن يرسل رسالة إلكترونية موقعة منه إلى (ب)، فبعد أن يقوم بكتابتها يقوم عن طريق برنامج خاص بالكمبيوتر بخلط وتقطيع كلمات الرسالة وعثرتها، ثم يقوم بضغطها فتصبح في صورة مختزلة وغير مفهومة. يقوم (أ) بتشفير الرسالة في صورتها هذه باستخدام المفتاح الخاص به، فينتج عن ذلك توقيعه الرقمي، وبالتالي فالتوقيع الرقمي في هذه الحالة هو ملخص الرسالة المشفرة. يقوم (أ) بإلحاق التوقيع الرقمي بالرسالة الإلكترونية في صورتها العادية المقروءة ليقوم بعدها بإرسالها وهي على هذه الحالة على شبكة الانترنت، و بعد وصولها إلى المرسل إليه (ب) يقوم هذا الأخير بفك الشفرة الخاصة بالرسالة الإلكترونية في صورتها المختزلة عن طريق استخدام المفتاح العام الخاص بمرسل الرسالة (أ) لعمل صورة مختزلة للرسالة الإلكترونية، ثم يقوم بعمل مقارنة بين الصورتين المختزلتين، وفي حالة نجاح الخطوة السابقة يكون هذا التوقيع الرقمي هو توقيع (أ) فعلا لأنه باستخدام المفتاح العام ل (أ) تم التمكن من فك شفرة الرسالة الإلكترونية في صورتها المختزلة. وحتى يستطيع (ب) أن يتأكد من شخصية (أ) وهويته يلجأ إلى سلطة التصديق التي قامت بمنح (أ) المفاتحين العام والخاص لتعطيه شهادة تحتوي على كل البيانات الخاصة ب (أ) وتحتوي على المفتاح العام الخاص به. بعد ذلك يقوم (ب) بعملية ضغط للرسالة المستقبلة من (أ) في صورتها العادية و تحويلها إلى رسالة مضغوطة و مختزلة، وتتم المقارنة بين الرسالة المختزلة التي أرسلها (أ) وتلك التي أنشأها (ب) من الرسالة الأصلية، فإذا كانتا متشابهتين كان ذلك دليلا على أن محتويات الرسالة لم تتغير أثناء الإرسال، لأنه لو تغير أي حرف في الرسالة الأصلية فإن الرسالة في صورتها المختزلة لا يمكن أن تتشابه مع الصورة المختزلة المرسلة من (أ) و بذلك يستطيع (ب) التأكد من أن الرسالة المرسلة من (أ) لم يحدث لها أي تعديل أثناء انتقالها عبر شبكة الانترنت، وكل هذه العملية تحدث في ثواني معدودة عن طريق برنامج الكمبيوتر خاص بذلك.
حسن عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، 2000، ص 42.

[3]- حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 42.

من خلال هذا النص يتبين أن المشرع افترض الوثوق في كل وثيقة مذيلة بتوقيع إلكتروني موصوف بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المكتوبة، بشرط أن تكون ثابتة التاريخ حسب القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 328 من القانون المدني[1].

وما يعزز حجية التوقيع الإلكتروني الموصوف هو الشهادة الإلكترونية الموصوفة التي تصدر بشأنه من جهة معتمدة ومرخص لها بذلك، هذه الشهادة تعتبر بمثابة سند لا يمكن رفضه من قبل القاضي إلا أن يثبت العكس. وعلى النقيض من ذلك، فحجية التوقيع الإلكتروني العام أو البسيط لا ترقى إلى درجة اليقين التام ما يؤدي إلى إخضاعها للسلطة التقديرية للقاضي، لتحديد مدى درجة الأمان المستخدمة في هذا النوع من الشهادة، لأنه لا تستخدم فيه تقنية خاصة لتأمينه وتوثيقه ولا يتوفر على المصادقة الإلكترونية، وإنما تصدر بشأنه شهادة مصادقة عامة تصدر من جهات المصادقة الإلكترونية المتنوعة تثبت فقط الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني والموقع[2]، فتحدد هوية الشخص الموقع وتثبت ارتباط معطيات التوقيع الإلكتروني به.

يعتمد القاضي في حكمه على نتيجة الخبرة الفنية التي يأمر بها، وبالتالي فإما أن يجعلها ذات حجية مطلقة في الإثبات كالشهادة الإلكترونية الموصوفة أو الاستعانة بها فقط كمبدأ ثبوت بالكتابة[3] وطبقا لأحكام المادة 09 من القانون المحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، التي لا تمنع من قبول النظر في هذا التوقيع العام والسماح لمن يتمسك به أن يثبت توافر عنصر الثقة، والأمان، والحفظ، والسلامة المطلوبة في الوسيلة المستعملة. حيث أن الأمر هنا لا يتجاوز نقل عبء الإثبات إلى من يحتج بالتوقيع الإلكتروني العام لأنه لا يتوفر على تقنية المصادقة الإلكترونية، إذا وعلى هذا الأساس على من يدعي صحة التوقيع الإلكتروني العام أن يثبت ذلك أمام القاضي، وقد يعتد القاضي به ويجعله ذا حجية مطلقة في الإثبات.

غير أنه إذا كانت حجة المخاطر وعدم الثقة في التوقيع الإلكتروني مردود عليها حاليا بعد صدور القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، عن طريق وجود جهات التصديق الضامنة لسلامته، فإن إمكانية إثارة عقبة أخرى تبقى قائمة وتتعلق بالقواعد العامة للإثبات، ذلك أن هذه الأخيرة تحكمها مبادئ قانونية عامة وأساسية مفادها أنه "لا يملك الشخص أن يتخذ من عمل نفسه لنفسه دليلاً يحتج به على الغير."، و"لا يجوز للشخص أن يتخذ من عمل نفسه دليلاً لصالحه"، و"لا يقبل أن يصنع المرء بنفسه دليلا لنفسه في مواجهة خصمه"، من جهة. ومن جهة أخرى استثناءات فيما يتعلق بالإثبات في المواد التجارية، التي يسودها مبدأ حرية الإثبات، فلا إشكال يثور بهذا الصدد، ما دام أن كل المحررات، والمستندات و حتى شهادة الشهود وكذا الإقرار واليمين تعد وسائل إثبات مقبولة وبالنتيجة يقبل الإثبات بالمحرر الإلكتروني، ومن ثم فالإشكال يثور أساسا في إثبات المسائل المدنية التي تتعدى قيمتها 100 ألف دينار جزائري[4] (المادة 333 قانون مدني جزائري) لأنه يشترط فيها الكتابة، فهل يجوز للأطراف الاتفاق مسبقا على قبول التوقيع الإلكتروني المحرر إلكترونيا كوسيلة للإثبات؟

---

[1]- المادة328 (قانون مدني جزائري): لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء:
- من يوم تسجيله،
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام،
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص،
- من يوم وفاة احد الذين لهم على العقد خط وإمضاء.
غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف، رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة.

[2]- المادة 3 مكرر الفقرة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 13 جمادي الأولى عام 1428 الموافق 30 مايو سنة 2007، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 15 صفر عام 1422 الموافق 9 مايو سنة 2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية. ج.ر عدد 37 لسنة 2007.

[3]- نوارة حمليل، التعاقد الإلكتروني: معادلة بين أحكام القانون المدني و مبدأ حرية التعاقد، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق جامعة ابو بكر بلقايد للمسان الجزائر، العدد 04 سنة 2007، ص 262.

[4]- نوارة حمليل، المرجع السابق، ص 263.

باعتبار أن قواعد الإثبات الموضوعية حقوق ترجع إلى الخصوم، و أن من حقهم أن يتنازلوا عنها، وخاصة بالنسبة لحمل عبء الإثبات، فمن المنطقي القول بصحة الاتفاقات المتعلقة بالقواعد الموضوعية لإثبات الحق المتنازع فيه، حيث يملك الأطراف أنفسهم حرية التنازل عن هذا الحق، وبذلك لا يبقي أي مانع من اتفاق الأطراف مسبقا على الأخذ بالمحرر الإلكتروني كدليل لإثبات وجود ومضمون تصرفاتهم القانونية التي تبرم عن بعد[1]، مع الإشارة أن القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ألزم مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني بأن يشير في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة إلى الحد الأقصى لقيمة المعاملات التي يمكن أن تستعمل هذه الشهادة في حدودها، وفي حالة تجاوز ذلك الحد الأقصى لا يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني مسؤولا عن الضرر الناتج.

ثانيا: المصادقة الإلكترونية ودورها في توثيق التوقيع الإلكتروني

تؤدي جهات التصديق الإلكتروني دورا في ضمان سلامة التوقيع الإلكتروني، تشهد بأن التوقيع الإلكتروني المقصود لم يتم التلاعب به أو تغييره عمدا، هذا من جهة. ولها دورا في منع صاحب التوقيع الإلكتروني من إنكاره أو إنكار العقد التي تم توقيعه ذلك لأن الشهادة التي تقوم بإصدارها جهات التصديق تضمن ارتباط التوقيع بموقعه بما لا يدع به الشك، من جهة أخرى. وهذا ما يسهل إبرام العقود التجارية الإلكترونية.

لمعالجة دور مؤدي خدمة المصادقة الإلكترونية في توثيق التوقيع الإلكتروني، يتعين أن نبحث (أ) شروط الاعتماد لاكتساب صفة مقدم خدمة المصادقة الإلكترونية والتزاماته القانونية، ثم نبحث التزامات صاحب الشهادة الإلكترونية (ب).

أ- شروط الاعتماد لاكتساب صفة مؤدي خدمات المصادقة الإلكترونية والتزاماته

اختلفت المصطلحات التي تطلق على الجهات المختصة بالتصديق الإلكتروني، فمنها من يطلق عليها مصطلح "مزود الخدمة" كالقانون التونسي، ومنها من يطلق عليها مصطلح "مؤدي الخدمة" أو" الطرف الثالث الموثوق" كما هو شأن المشرع الجزائري، الذي عرف بموجب المادة 02 البند 12 من القانون المحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين السابق "مؤدي الخدمة" أو "مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني" بأنه: "شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني".

يشترط في مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن يكون أهلا للقيام بهذه الخدمة، بحيث يجب أن يتمتع بمتطلبات، وإمكانيات، وكفاءات تقنية، وقانونية، ومادية، ومهنية تؤهله للقيام بذلك، لأنه سيكون الطرف الحاسم في إثبات مدى صحة أو عدم صحة المحرر الإلكتروني، فهو محل ثقة لضمان مدى صحة التوقيعات الإلكترونية[2]. وحددت أحكام المادة 34 من القانون السابق الشروط التي يجب على كل طالب ترخيص لتأدية خدمة التصديق الإلكتروني أن يستوفيها، ويتعلق الأمر بالشروط الآتية:

- أن يكون خاضعا للقانون الجزائري للشخص المعنوي أو الجنسية الجزائرية للشخص الطبيعي،

- أن يتمتع بقدرة مالية كافية،

- أن يتمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيات الإعلام والاتصال للشخص الطبيعي أو المسير للشخص المعنوي،

- ألاّ يكون قد سبق الحكم عليه في جناية أو جنحة تتنافى مع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني.

[1]- لورنسي محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دكتوراه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 131.
[2]- لورنيس محمد عبيدات، نفس المرجع، ص 159-160.

أما سلطات التصديق الإلكتروني، المنصوص عليها في القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، فهي على ثلاثة أنواع، مع الإشارة أن المشرع الجزائري قد أوكل بموجب المواد 78 و79 تولي سلطة ضبط البريد التصديق الإلكتروني لفترة انتقالية من سنة 2015 إلى سنة 2020 كحد أقصى إلى حين تنصيب سلطات التصديق الثلاثة، عملت سلطة ضبط البريد في مجال محصور وهو متابعة إنشاء التوقيع الإلكتروني والبطاقات الإلكترونية في إطار المعاملات التي تتم بين المؤسسات العمومية فيما بينها والمعاملات التي تربط المؤسسات العمومية بالأفراد فقط دون المعاملات التي تتم بين الأفراد فيما بينهم.

حدد المشرع بموجب قانون رقم 15-04، المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ثلاثة أنواع من السلطات وهي:

النوع الأول: السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني

تنشأ لدى الوزير الأول وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتكلف بترقية استعمال التوقيع والتصديق الإلكترونيين وتطويرهما وضمان موثوقية استعمالهما، وتتولى المهام الآتية:

- إعداد سياستها للتصديق الإلكتروني والسهر على تطبيقها، بعد الحصول على الرأي الايجابي من قبل الهيئة المكلفة بالموافقة،

- الموافقة على سياسات التصديق الإلكتروني الصادرة عن السلطتين الحكومية والاقتصادية للتصديق الإلكتروني،

- إبرام اتفاقيات الاعتراف المتبادل على المستوى الدولي،

- اقتراح مشاريع تمهيدية للنصوص تشريعية أو تنظيمية تتعلق بالتوقيع الإلكتروني أو التصديق الإلكتروني، على الوزير الأول،

- القيام بعمليات التدقيق على مستوى السلطتين الحكومية والاقتصادية للتصديق الإلكتروني، عن طريق الهيئة الحكومية المكلفة بالتدقيق.

تتم استشارة السلطة عند إعداد أي مشروع نص تشريعي، أو تنظيمي ذي صلة بالتوقيع أو التصديق الإلكترونين.

بحسب القانون السابق يحدد تنظيم هذه المصالح وسيرها ومهامها عن طريق التنظيم، وتطبيقا لذلك صدر مرسوم تنفيذي سنة 2016 يحدد تنظيم المصالح التقنية والإدارية للسلطة الوطنية للتصديق وسيرها ومهامها[1].

النوع الثاني: السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني[2]

تنشأ لدى الوزير المكلف بالبريد وتكنولوجيات الإعلام والاتصال وتكلف بمتابعة ومراقبة نشاط التصديق الإلكتروني للأطراف الثالثة الموثوقة، وكذلك توفير خدمات التصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع، وتتولى المهام الآتية:

- إعداد سياستها للتصديق الإلكتروني وعرضها على السلطة للموافقة عليها والسهر على تطبيقها،

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 16-134 المؤرخ في 25 أبريل، المحدد لتنظيم المصالح التقنية والإدارية للسلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وسيرها ومهامها، ج ر عدد 26 لسنة 2016.

[2]- المرسوم التنفيذي رقم 16-135، المؤرخ في 25 أفريل 2016، المحدد لطبيعة السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني وتشكيلها وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 26 لسنة 2010.

- الموافقة على سياسات التصديق الصادرة عن الأطراف الثالثة الموثوقة والسهر على تطبيقها،

- الاحتفاظ بشهادات التصديق الإلكترونية المنتهية صلاحيتها، والبيانات المرتبطة بمنحها من قبل الطرف الثالث الموثوق، بغرض تسليمها إلى السلطات القضائية المختصة، عند الاقتضاء، طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها،

- نشر شهادة التصديق الإلكتروني للمفتاح العمومي للسلطة،

- إرسال كل المعلومات المتعلقة بنشاط التصديق الإلكتروني إلى السلطة دوريا أو بناء على طلب منها،

- القيام بعملية التدقيق على مستوى الطرف الثالث الموثوق، عن طريق الهيئة الحكومية المكلفة بالتدقيق، طبقا لسياسة التصديق.

النوع الثالث: السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني

تعينها السلطة المكلفة بضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، وهي سلطة منشأة بموجب المادة 10 من القانون رقم 2000-03 المؤرخ في 5 غشت سنة 2000، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية.

هذه السلطة مكلفة بمتابعة ومراقبة مؤديي خدمات التصديق الإلكتروني الذين يقدمون خدمات التوقيع والتصديق الإلكترونين لصالح الجمهور، ومن أبرز مهامها أنها تتولى السهر على وجود منافسة فعلية ونزيهة باتخاذ كل التدابير اللازمة لترقية أو استعادة المنافسة بين مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني والتحكيم في النزاعات التي قد تثور بينهم، وإعداد دفتر الشروط الذي يحدد شروط وكيفية تأدية خدمات التصديق الإلكتروني وعرضه على السلطة للموافقة عليه، وعند الاقتضاء تقوم بتبليغ النيابة العامة بكل فعل ذي طابع جزائي يكتشف بمناسبة تأدية مهامها. عند عدم تنفيذ التزاماته التي يفرضها القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، يسأل مؤدي خدمة المصادقة الإلكترونية، الذي سلم شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، ضمانا لسلامة المحرر الإلكتروني، نذكر منها:

- ضرورة التحقق من هوية الشخص الموقع: لابد على مؤدي خدمة المصادقة الإلكترونية أن يتأكد من هوية الموقع وصلاحية توقيعه، لأنه على أساس ذلك يقوم بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، التي وظيفتها تؤكد أن الموقع يحوز كل بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لبيانات التحقق من التوقيع المقدم (المادة 2/53) وبهذه الشهادة يصبح المحرر الإلكتروني موثوقا.

- يلتزم مؤدي خدمة المصادقة الالكترونية بأن يتأكد وقت تسليم الشهادة الإلكترونية الموصوفة من أن المعلومات التي تحتويها صحيحة طبقا لما جاء في المادة 1/53، وهو ملزم أيضا بالحفاظ على سرية هذه البيانات والمعلومات المتعلقة بالشهادة (المادة 42).

- مؤدي خدمة المصادقة الإلكترونية ملزم بان يتم إصدار وتسليم شهادة التصديق الإلكترونية بناء على سجل يحفظ لديه، يدون فيه هوية وصفة الممثل القانوني للشخص المعنوي المستعمل للتوقيع، حيث يمكن تحديد هوية الشخص الطبيعي عند كل استعمال لهذا التوقيع الإلكتروني (المادة 3/44).

- تتولى السلطة الحكومية والاقتصادية للتصديق الإلكتروني نشر شهادة التصديق الإلكتروني للمفتاح العمومي للسلطة (الفقرتين 4 و5 من المواد 28 و30 نفس القانون على التوالي).

من أهم التزامات مؤدي خدمات التصديق، بالإضافة إلى ضمان صحة البيانات الإلكترونية، القيام بأداء خدمات أخرى مرتبطة بالتوقيع الإلكتروني، وهي متنوعة مثل حفظ الوثائق الإلكترونية، واتخاذ التدابير اللازمة لتوفير الحماية لها وفقا للشروط والضوابط المنصوص عليها قانونا (المواد من 41 إلى غاية 50 من نفس القانون).

من خلال ما سبق يتبين أن مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني يعتبر من الغير وهو الوسيط الضامن الذي يضمن سلامة وسرية البيانات التي يتلقاها من الأطراف بخصوص المحرر الإلكتروني، فتسند له مهمة توثيق هذا المحرر بدءا من الالتزام بضمان صحة وسرية البيانات الإلكترونية الواردة فيه والتأكد من صحة التوقيع وهوية الأطراف إلى حفظ الشهادات الإلكترونية، وبذلك تعد خدمة التصديق الإلكتروني ضرورية في توثيق المحرر الإلكتروني. في هذا الصدد يمكن القول أن التصديق الإلكتروني، هو شرط لصحة التوقيع الإلكتروني، والدليل على ذلك أن المشرع الجزائري لم يقر وجود وسيلة أخرى لتوثيق المحرر الإلكتروني إلا بواسطة التصديق الإلكتروني حتى يسهل على القضاء الأخذ به كدليل للإثبات وعدم التمييز بينه وبين التوقيع المكتوب. وفي حالة عدم تنفيذ الالتزامات من مؤدي خدمة المصادقة الإلكترونية يسأل وفق نصوص القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، عن الضرر الناتج الذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي بسبب الاعتماد مثلا على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة وردت فيها معلومات غير صحيحة، وكذلك الشأن بالنسبة للتاريخ الذي منحت فيه أو عدم توفر جميع البيانات الواجب توفرها (المادة 53 ف1).

ب - التزامات صاحب شهادة التصديق الإلكتروني

نظرا لأهمية شهادة التصديق الإلكتروني كونها أهم ما تقوم به جهات التصديق الإلكتروني من خلال إصدارها من جهة، ولكونها أداة توفر وتبث الثقة والأمان لدى المتعاملين بالمحرر الإلكتروني من جهة أخرى، ألزم المشرع بموجب القانون رقم 15-04 السابق صاحب الشهادة الإلكترونية بمجموعة من الالتزامات، نذكر منها:

- الالتزام بالمحافظة على معطيات إنشاء الشهادة الإلكترونية: إن عدم المحافظة على معطيات إنشاء الشهادة الإلكترونية، يترتب عليها ضرر يلحق جميع أطراف المحرر الإلكتروني، لذا شدد المشرع على هذا الالتزام و ألزم المحافظة عليه لأنه نوع من السر المهني الذي يرتب المسؤولية المدنية في حق من أفشاه، لذلك "يعتبر صاحب شهادة التصديق الإلكتروني فور التوقيع عليها المسؤول الوحيد عن سرية بيانات إنشاء التوقيع..."(المادة 61 ف 1)، و"لا يجوز لصاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة استعمال هذه الشهادة لأغراض أخرى غير الأغراض التي منحت من أجلها"(المادة 62).

- يلتزم صاحب الشهادة نظرا لأهمية شهادة التصديق الإلكترونية بتبليغ مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بكل تغيير يطرأ على المعلومات التي تتضمنها الشهادة الإلكترونية. وفي حالة شك يتعلق بالإبقاء على سرية المعطيات المتعلقة بإنشاء التوقيع الإلكتروني أو انعدام مطابقة المعلومات المضمنة في الشهادة للواقع، أن يطلب إلغائها في الحال (المادة 61 ف 02).

- إذا طلب صاحب الشهادة الإلكترونية إلغاءها، أو إذا انتهت مدة صلاحيتها ترتب عن هذا التزامه بعدم استعمال المعطيات المتعلقة بإنشاء التوقيع المطابقة لها من أجل توقيع أو تصديق هذه البيانات نفسها من طرف مؤدي أخر لخدمات التصديق الإلكتروني (المادة 61 ف 3)، والسبب في ذلك أن هذا التوقيع الإلكتروني والشهادة الصادرة عنه ترتب آثارا قانونية في حق صاحب التوقيع ومؤدي الخدمة وكذلك في حق الغير الذي ترتبط حقوقه بالتوقيع والشهادة الصادرة بشأنه، لذلك من غير المتصور أن تلغى الشهادة وينتقل لدى مؤدي خدمة أخر ليحصل على توقيع جديد وشهادة جديدة عن ذلك التوقيع[1].

ج- توفير الحماية للمحرر الإلكتروني

توفيرا لحماية أكثر للمحرر الإلكتروني قرر المشرع الجزائري تدابير وقائية، وعقوبات مالية وإدارية وجزائية في حالة مخالفة أحكام التوقيع الإلكتروني الموصوف، نذكر منها:

1- عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الالكترونية العربية، الكتاب الأول: شرح قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ص 8.

ج/1- بالنسبة لتدابير الوقائية

قرر المشرع اعتماد مفتاح التشفير الخاص والعمومي كطريقة لحماية التوقيع الإلكتروني، وذلك بموجب أحكام المادة 02 الفقرة 08 و09 من القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين. ويقصد بـ"مفتاح التشفير الخاص" سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط، وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي هو أيضا عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الالكتروني، وتدرج في شهادة التصديق الإلكتروني وبذلك فالتشفير يحافظ على خصوصية المحرر الإلكتروني.

ج/2- بالنسبة للعقوبات المالية والإدارية

إضافة إلى التشفير هناك عقوبات مالية وإدارية تطبق على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في حالة عدم احترامه أحكام دفتر الأعباء أو سياسة التصديق الإلكتروني الخاصة به والموافق عليها من طرف السلطة الاقتصادية (المادة 64).

ج/3 - بالنسبة للعقوبات الجزائية

تتمثل في توقيع عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من عشرين ألف دينار إلى مائتي ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، على كل من أدلى بإقرارات كاذبة للحصول على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة وفي هذا حماية مقررة للتوقيع الإلكتروني من طرف المشرع (المادة 66). ويعاقب القانون بالحبس من سنة واحدة إلى ثلاث سنوات، وبغرامة من مائتي ألف دينار إلى مليوني دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من يؤدي خدمات التصديق الإلكتروني للجمهور دون ترخيص أو كل من يؤدي خدمات التصديق الإلكتروني يستأنف أو يواصل نشاطه بالرغم من سحب ترخيصه وتصادر التجهيزات التي استعملت لارتكاب الجريمة (المادة 72).من العرض السابق يتبين أن دور جهات التصديق الإلكتروني أصبح على قدر كبير من الأهمية، حيث يمثل حلقة الوصل بين المتعاملين إلكترونيا والذين قد لا يتعارفون ويبرمون تعاملاتهم على أساس الثقة التي توفرها هذه الجهات، وبالتالي كان من الضروري تحديد مسؤولياتهم في حالة حدوث إخلال بالالتزامات الملقاة على عاتقهم، وبقدر المسؤولية التي تتحملها هاته الجهات يكون قدر الثقة التي تؤمنها لدى المتعاملين. هذه الثقة هي التي تعطي للتوقيع والمحرر الكترونيين المصداقية وتجعل القاضي يأخذ به كوسيلة للإثبات.

لكن يبقى مع كل الضمانات التي تمنحها جهات التصديق للتوقيع فإن التوقيع الإلكتروني يطرح أيضا مشاكل تقنية أهمها الأمن التقني، لأنه رغم أن جهات التصديق الإلكتروني تعمل تحت رقابة الدولة وتخزن المعلومات الإلكترونية عبر وسيط إلكتروني، فقد يتمكن أحد الأشخاص من اختراق هذا الوسيط ويقوم بتقليد أو تزوير أو نشر شهادة تصديق مزورة.

كما يلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري في ظل القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، لم يكتف بالقواعد العامة المعروفة في المسؤولية و إنما نظم أحكام مسؤولية مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني وصاحب شهادة التصديق بنصوص خاصة خالف فيها القواعد و الأحكام العامة، وهي قواعد حديثة حيث أنها ترتبط بالتوقيع الإلكتروني وبالكتابة الإلكترونية سواء فيما يتعلق بشروط قيام المسؤولية أو الإعفاء منها، حيث جعل المشرع مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني مسؤول عن كل إهمال أو تقصير مهني لما له من انعكاسات سلبية على الأطراف والغير(المادة 3/53).

كما جعله المشرع من جهة أخرى غير مسؤول عن عدم احترام صاحب الشهادة للقيود الواردة بها (المادة 57)، هذا ما يساهم في بعث الاطمئنان لدى المتعاملين ويلزم جهات التصديق ببذل أقصى الجهود لأجل ضمان سلامة المحررات الإلكترونية والاستخدام الصحيح للتوقيع الإلكتروني.

الفصل الثاني: تنفيذ عقد البيع الإلكتروني

إذا ما أبرم عقد البيع الإلكتروني صحيحا بين طرفيه رتب التزامات تقع على المورد الإلكتروني (المبحث الأول) والمستهلك الإلكتروني (المبحث الثاني)، وهي التزامات تنفيذ العقد الإلكتروني المبرم.

المبحث الأول: الالتزامات العقدية للمورد الإلكتروني

يصبح المورد الإلكتروني بعد إبرام عقد البيع الإلكتروني مسؤولا بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا العقد، سواء تم تنفيذها من قبله أو من قبل مؤدي خدمات آخرين (المادة 18 من قانون التجارة الإلكترونية). من بين واجبات المورد الإلكتروني تجاه المستهلك الإلكتروني، التزامه بإرسال نسخة إلكترونية من العقد إلى المستهلك الإلكتروني (المادة 19 قانون التجارة الإلكترونية)، كما يتطلب من المورد الإلكتروني إعداد فاتورة وتسليمها إلى المستهلك الإلكتروني على كل بيع لمنتوج أو تأدية خدمة تمت عن طريق الاتصالات الإلكترونية (المادة 20 من نفس القانون)، ينبغي أيضا على المورد الإلكتروني أن يضمن أمن نظم المعلومات وسرية البيانات (المادة 26 من نفس القانون).

بالإضافة إلى هذه الواجبات، هناك التزامات أخرى تقع على عاتق المورد الإلكتروني وهي: الالتزام بنقل ملكية المبيع (المطلب الأول)، والالتزام بتسليم المبيع (المطلب الثاني)، والالتزام بالضمان (المطلب الثالث)، والالتزام بالصيانة (المطلب الرابع)، وهي كلها التزامات تقليدية تترتب في ذمة البائع عموما مع بعض خصوصية البيع الإلكتروني بحسب ما تقضي به المادة 18 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري.

المطلب الأول: التزام المورد الإلكتروني بنقل ملكية المبيع

نقل الملكية يعتبر من الالتزامات الأساسية التي تقع على عاتق البائع (المادة 361 قانون مدني جزائري)، وتنتقل ملكية العقار بإتباع إجراءات الشهر العقاري (المادة 793 مدني جزائري)، وفي المنقول المعين بنوعه يستلزم الإقرار لنقل الملكية (المادة 166 قانون مدني جزائري)، أما في المنقول المعين بالذات تنتقل الملكية بمجرد العقد (المادة 165 قانون مدني جزائري). بما أن محل العقد الإلكتروني، كما سبق القول، قد يرد على مصنفات أدبية أو فنية أو براءة اختراع أو غير ذلك من الأموال المعنوية ذات القيمة الاقتصادية في التعامل والتي يتصور ورود البيع فيها بشكل مختلف عن الأموال المادية، كالبرامج التي يستطيع تداولها عبر الانترنت والتي صنفتها الكثير من التشريعات كمؤلفات أدبية أو كبراءة الاختراع المسجلة...إلخ

حيث أن انتقال ملكية الاختراع للغير يقصد بها انتقال حق الاستغلال والاختراع للمستفيد الذي يتم بمجرد العقد، أما نسبة الاختراع فتبقى مسجلة لصاحبها الأول باعتبارها حقا معنويا لا يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه. كذلك بالنسبة لبرامج الحاسوب تنص معظم التشريعات على حماية حق المؤلف كمصنفات له نوعان من الحقوق، حقوق معنوية لا يجوز التصرف فيها، وحقوق مادية التي تقع محلا لنقل الملكية فيجوز للمؤلف الانتفاع من موارد مؤلفه[1].

المطلب الثاني: التزام المورد الإلكتروني بالتسليم

البيع عبر الانترنت مثله مثل باقي عقود البيع المتعارف عليها العادية، فقط صورة التسليم في التعاقد عن بعد يأخذ بعض الخصوصية عندما يبرم العقد وينفذ إلكترونيا، مثل حالة ورود البيع على برامج أو كتب عبر الخط أو قطع موسيقية، يتم التسليم في هذه الأحوال من خلال تنزيل أو تحميل البرامج مثلا، أو النسخ من الموقع المتاح إلى الجزء الصلب من جهاز العميل مثلا، أو بأي شكل تقني آخر يتيح للمشتري الانتفاع به. لكن هذا لا يعني أن كل الأموال غير المادية يتم تسليمها بهذه الطريقة عبر الشبكة، فيمكن أن يتم تسليمها خارج الشبكة[2].

---

[1]- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 153.

[2]- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 79.

بموجب المادة 367 مدني جزائري يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليما ماديا مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه. وبذلك يحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع. ويتفرع الالتزام بالتسليم عن الالتزام بنقل الحق العيني، لذا فهو مرتبط بالعقود الناقلة لحق عيني أصلي كالبيع والهبة والمقايضة[1].

الالتزام بالتسليم في المعاملات الإلكترونية هو أداء خدمة أو تسليم سلعة، وهو التزام بتحقيق نتيجة ما لم يتضح من نصوص العقد أو طبيعة الالتزام أن الأمر يتعلق بتحقيق عناية، كما يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد له بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، ويرجع في ذلك إلى طبيعة الأشياء وإلى عرف الجهة وقصد المتعاقدين[2].

وملحقات المبيع هي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال المبيع، ولا تعد من ملحقات المبيع أجزاء المبيع ذاته إذا كان المبيع يتكون من أكثر من جزء، فالأجزاء تعتبر من أصل الشيء المبيع وليست من ملاحقاته.

ويتم التسليم في المعاملات الإلكترونية بناء على طلب من المستهلك ووفقا للمواصفات المحددة في الطلبية[3] المتعلقة بالسلعة أو الخدمة، لكن قد يحدث أن يقوم المورد الإلكتروني بإرسال سلعة للمستهلك الإلكتروني دون طلب. المشرع الجزائري منع ذلك ف"عندما يسلم المورد الإلكتروني منتوجا أو خدمة لم يتم طلبها من طرف المستهلك الإلكتروني لا يمكنه المطالبة بدفع الثمن أو مصاريف التسليم" (المادة 21 قانون التجارة الإلكترونية).

إن تحديد مدة التسليم ومكانه في المعاملات الإلكترونية لاشك فيها حماية لمصلحة الأطراف المتعاقدة، ف"يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك" (المادة 281 قانون مدني جزائري)، يفهم من هذا أنه يجوز للأطراف المتعاقدة الاتفاق على ميعاد أخر بشرط احترامه من قبل البائع (المورد الإلكتروني)، وفي حالة عدم احترام ذلك الميعاد يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتوج على حالته في أجل أقصاه أربعة أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر. وفي هذه الحالة يجب على المورد الإلكتروني أن يرجع إلى المستهلك الإلكتروني المبلغ المدفوع، والنفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتوج، خلال أجل خمسة عشر (15) يوما ابتداء من تاريخ استلامه المنتوج (المادة 22 قانون التجارة الإلكترونية).

أما بخصوص مكان التسليم فالمورد الإلكتروني ملزم بتسليم السلعة في مكان محدد، ويعرف مكان التسليم بأنه المنطقة أو الموقع الذي يحدد لتسليم المبيع للمشتري، ففي الواعد التقليدية العامة "يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسلما ماديا مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع (المادة 367 مدني جزائري). ولكن في عملية إيصال البضائع والسلع التي تم شرائها عبر الانترنت فتتولاه شركات متخصصة بالتوزيع، أو يمكن تصوره من خلال إرساليات البريد، ولذلك من المتصور أحيانا أن تحدث بعض الصعوبات البريدية التي قد تسبب بعض التأخير في التسليم.

يمكن تصور أماكن تسليم محل العقد المبرم عبر الانترنت في رأي البعض[4]، في:

- المكان الذي يحدده المورد الإلكتروني وهو المكان الذي يحدد فيه مزاولة نشاطه، أو المكان الذي يستطيع المورد تقديم خدماته ومعروضاته فيه.

1- أمال حابت، التجارة الالكترونية في الجزائر، دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2014-2015، ص 286.
2- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 179.
3- عرف المشرع الجزائري الطلبية المسبقة بموجب المادة 6 من القانون 18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية بأنها: "هو تعهد بالبيع يمكن أن يقترحه المورد الإلكتروني على المستهلك الإلكتروني في حالة عدم توفر المنتوج في المخزون".
4- خالد عمر زريقات، المرجع السابق، ص 303.

- المكان الذي يحدده العرف، ويقصد به عرف تسجيل الطلابيات، والذي يقضي بإيصالها إلى مكان تواجد المشتري.

- المكان الذي يحدده المستهلك الإلكتروني، سواء كان مكان سكنه، أو عمله، أو أي مكان آخر.

- المكان الذي يوجد فيه المنتوج وقت البيع، وذلك في حالة الشراء عبر الحدود منتوجات يمنع تداولها في مكان المستهلك الإلكتروني. أما فيما يخص تحمل تبعة الهلاك فقانون التجارة الإلكترونية ألتزم الصمت، حيث لم يتضمن نصوصا تنظم هذه المسألة، حينئذ يتم الرجوع بخصوص هذا الموضوع إلى القواعد العامة لنظرية العقد، و عليه فإن تبعة الهلاك يتحملها المورد الإلكتروني إلى أن يتم تسليم السلعة إلى المستهلك ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.

المطلب الثالث: التزام المورد الإلكتروني بالضمان

يثبت الحق في الضمان للمشتري في كل أنواع عقود البيع، لكن أهميته تظهر أكثر في عقد البيع المبرم عبر الانترنت، كونها تبرم عن بعد بحيث لا يتمكن المستهلك الإلكتروني من معاينة السلعة أو الخدمة، وهو ما قد يؤدي إلى عدم تحقيق الانتفاع الكامل والهادئ للمبيع. لهذا يحرص المتعاقدون أثناء التعاقد على تأكيد حقهم في الضمان الذي يجب ألا يكون متعارضا مع الضمان المقرر بحكم القانون وإلا فقد قيمته. لإلزام المورد الإلكتروني بالضمان "يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الآتية: ...شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع،.." (المادة 13 قانون التجارة الإلكترونية)، ونص أيضا العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في الفقرة 8 من البند الرابع على ضرورة تحديد ضمانات وخدمة ما بعد البيع، كما كرر ذلك في البند الثامن عشر بعنوان " الضمانات وخدمة ما بعد البيع".

ينقسم الالتزام بالضمان إلى ضمان العيوب الخفية وضمان المطابقة.

1- ضمان العيوب الخفية

لم يعرف المشرع العيب الخفي، وإنما أشار فقط إلى النتائج التي تترتب عليه، ف "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله. فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها" (المادة 379 ف1 قانون مدني جزائري). أيضا ورد النص على ضمان العيوب الخفية في القانون المتعلق بحماية المستهلك[1]، والمرسوم التنفيذي لسنة 2013 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ[2].

غير أن الضمان المنصوص عليه في القانون المدني يختلف عن الضمان المنصوص عليه في قواعد حماية المستهلك، ذلك لأن هذا الأخير يستفيد منه المتضرر المتعاقد وغير المتعاقد.

كما تناول المشرع موضوع ضمان العيوب في المادة 23 من قانون التجارة الإلكترونية بالنسبة للسلع والخدمات التي يتم التعامل فيها في هذه السوق[3].

1- المواد 13، 14، 15 و16 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. ج.ر عدد 15 لسنة 2009.

2- المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1434 الموافق 26 سبتمبر سنة 2013، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ. ج.ر عدد 49 لسنة 2013.

3- المادة 23 من القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية.ج.ر عدد 28 لسنة 2018. التي تنص: يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته، في حالة تسليم غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا. يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي، خلال مدة أقصاها أربعة (4) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، مع الإشارة إلى سبب الرفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني.

ويلزم المورد الإلكتروني بما يأتي: -تسليم جديد موافق للطلبية، أو -إصلاح المنتوج المعيب، أو -استبدال المنتوج بآخر مماثل، أو -إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع ضرر.

يجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ استلامه المنتوج

اختلف الفقه في تعريف العيب في المنتوج، هناك من عرفه بأنه: "العيب الذي يتلف الشيء أو يلحق به الهلاك ويؤدي إلى الانتقاص من قيمته أو منفعته"، وهناك من عرفه أنه: "العيب الذي يصيب الشيء في أوصافه أو في خصائصه بحيث يجعله غير صالح للغرض المعد من أجله"، كما يعرف العيب الخفي، أيضا، بأنه: "تخلف صفة في المبيع التزم البائع للمشتري وجودها فيه"[1].

حتى يكون العيب الخفي موضوع ضمان لابد أن تتوافر فيه الشروط التالية:

- أن يكون العيب مؤثرا يحول دون قيام المبيع بوظيفته أو أدائها بشكل غير مرض وينقص من قيمته.

- أن يكون خفيا، أي غير ظاهر، ولا يمكن كشفه بمجرد تفحصه فحصا عاديا إلا باستخدامه، فالعيب الخفي هو العيب الذي لم يكن باستطاعة المستهلك العلم به عند تفحصه للمبيع، ويأخذ المشرع بالمعيار الرجل العادي في تحديد ما إذا كان العيب خفيا أم لا.

- أن يكون قديما في المبيع قبل تسليمه للمستهلك، أي ضرورة توافر العيب قبل إبرام العقد[2] (المادة 379 ف 2 قانون مدني جزائري).

- ألا يكون معلوما للمشتري، وهذه نتيجة حتمية لوصف العيب بالخفي، إذ أن علم المستهلك بالعيب قبل إبرام العقد أو أثناءه تنتفي معه صفة الخفاء، ولا يستطيع الرجوع على المورد بالضمان. يجد ضمان العيب الخفي مجاله في العقود التقليدية وكذلك في المعاملات الإلكترونية التي ترد في الغالب على توريد سلعة أو خدمة تتسم بالطابع الفني، ولكن رغم تأكيد المشرع الجزائري على هذا الضمان في المادة 23 من قانون التجارة الإلكترونية، غير أن فرصة اللجوء إلى هذا الضمان تتضاءل نسبيا في هذه المعاملات الإلكترونية بسبب صعوبة إثبات شروط الضمان من جهة، ووجود البدائل الحديثة من جهة أخرى مثل الالتزام بالسلامة وضمان صلاحية المنتوج[3].

2- ضمان مطابقة المنتوج

عرف القانون المتعلق بحماية المستهلك[4] المطابقة بأنها: "استجابة كل منتوج موضوع للاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية، والمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاص به" (المادة 3)، وأكد على إلزامية توفرها في السلعة أو الخدمة في المادة 11 من نفس القانون، الواردة ضمن الفصل الثالث المعنون "إلزامية مطابقة المنتوجات". حيث تقضي هذه المادة الأخيرة بأنه: "يجب أن يلبي كل منتوج معروض للاستهلاك، الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصنفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله.كما يجب أن يستجيب المنتوج للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث مصدره والنتائج المرجوة منه والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله وشروط حفظه والاحتياطات المتعلقة بذلك والرقابة التي أجريت عليه." يلتزم المورد الإلكتروني بأن يسلم بضاعة تكون كميتها ونوعيتها وأوصافها وكذلك تغليفها أو تعبئتها مطابقة لأحكام العقد، فالعقد هو ضابط المطابقة فيرجع إليه لتحديد قدر البضاعة والصفات اللازم توافرها فيها، فإذا تم تسليم بضاعة تخالف ما اتفق عليه في العقد يكون البائع قد أخل بالتزامه بالمطابقة.

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 205.

[2]- المادة 379 ف 2 (مدني جزائري):"... عبران البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا منه."

[3]- لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2010-2011، ص 62.

[4]- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. ج.ر عدد 15 لسنة 2009 المعدل والمتمم.

عموما تتردد المطابقة بين فكرتين: الأولى مطابقة المنتوج للاحتياجات والأغراض التي أفصح عنها العميل عند إبرام العقد، والفكرة الثانية مطابقة المنتوج للمواصفات القياسية المتعارف عليها، واختلاف الفكرتين يؤدي إلى اختلاف في الدعاوى التي تنتجع عن كل واحدة، فدعوى المطابقة تتمثل في تخلف صفة تؤدي إلى عدم تحقق النتيجة المتفق عليها في العقد، بينما الثانية تتمثل في بيان مادة المنتوج أو تشغيله [1].

هذا الالتزام ضمن أيضا في المادة 23 من قانون التجارة الإلكترونية التي توجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته، في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا. كما توجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي، خلال مدة أقصاها أربعة (4) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، مع الإشارة إلى سبب الرفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني. وتلزم المورد الإلكتروني بتسليم جديد موافق للطلبية، أو بإصلاح المنتوج المعيب، أو باستبدال المنتوج بآخر مماثل، أو بإلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع ضرر. وأخيرا توجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ استلامه المنتوج.

المطلب الرابع: الالتزام بضمان الخدمة ما بعد البيع

تناول المشرع الالتزام بالخدمة بعد البيع في القانون المتعلق بحماية المستهلك السابق، في الفصل الرابع المعنون بـ"إلزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع"، في المادة 16 التي تنص على أنه: "في إطار خدمة ما بعد البيع، وبعد انقضاء فترة الضمان المحددة عن طريق التنظيم، أو في كل الحالات التي لا يمكن للضمان أن يلعب دوره، يتعين على المتدخل المعني ضمان صيانة وتصليح المنتوج المعروض في السوق."

يظهر من خلال هذا النص أن هناك ارتباط بين الضمان والخدمة ما بعد البيع، إذ لا يمكن المطالبة بهذه الأخيرة إلا بعد انقضاء الضمان أو أنه لا يغطى الحالة المشتكي منها، فتكون الخدمة ما بعد البيع التزاما احتياطيا للضمان. وقد عرفها المشرع الخدمة ما بعد البيع، في النص السابق، أنها ضمان صيانة وتصليح المنتوج المعروض في السوق، فهي إذا صنف من أصناف الضمان إلى جانب ضمان عدم التعرض وضمان العيب الخفي وضمان المنتوج، كما تستند الخدمة لما بعد البيع إلى نفس الفكرة التي يقوم عليها الضمان ألا وهي تمكين المشتري من الانتفاع بالمبيع والمنتوج. فخدمة ما بعد البيع تضمن للمستهلك بعد انقضاء الضمان الاستمرار في الانتفاع بالمنتوج طالما يمكن صيانته وإصلاح العطب الذي قد يطرأ عليه. هناك من يرى أن الخدمة ما بعد البيع لا علاقة لها بالضمان وهناك من يميز بينهما، وأيا كان الأمر، فخدمة ما بعد البيع ذات أهمية كبرى وقد نص عليها المشرع أيضا في المواد 11 و13 من قانون التجارة الإلكترونية وذكرهما بالشكل الآتي: "شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع"، و"شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع".

إن الالتزام بضمان الخدمة ما بعد البيع هو التزام عقدي بقوة القانون يقع على عاتق كل متدخل يعرض منتجات في السوق، وفي الغالب يرد هذا الالتزام في الشروط العامة لعقود بيع المنتجات والأجهزة الحديثة ذات التقنية العالية والمعقدة والأشياء دقيقة الصنع سريعة الخلل والتي يصعب على غير المتخصص التعرف على سبب تعطلها، مثل برامج الحاسوب الآلي والأجهزة الإلكترونية والحسابات الآلية والتحضيرات الطبية الإلكترونية وغيرها. ويهدف الالتزام بالصيانة إلى محاولة الإبقاء على السلعة المبيعة جيدة وصالحة للاستعمال لأطول وقت ممكن، وفي مجال البيع على الانترنت يلتزم المورد الإلكتروني بأن يقدم للمستهلك بيانات دقيقة على المنتجات محل التعاقد توضح مكوناتها وخصائصها وكيفية تشغيلها وطريقة استخدامها والاحتياطات التي يجب مراعاتها عند الاستعمال، كما يجنب المستهلك أخطارها وييسر له حسن الانتفاع بها[2].

1- أيمن أحمد محمد الدلوع، المسؤولية المدنية الناشئة عن التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 111.

2- محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 سنة 2004، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 131.

فإذا ما تصورنا قيام أحد مستخدمي برامج الحاسوب الآلي بالتعاقد مع شركة متخصصة في إنتاج وبيع برامج الحاسوب وتم التعاقد بالفعل وقامت الشركة بإرسال البرنامج المبيع على الشبكة ذاتها للعميل الذي قام باستلامه، هنا لا ينتهي دور الشركة بمجرد التسليم بل يظل قائما بتقديم المعلومات اللازمة لتشغيل البرنامج وكذا بصيانة البرنامج من الأعطال التي قد يتعرض لها حسب ما جاء في العقد[1].

المبحث الثاني: التزامات المستهلك الإلكتروني

مقابل التزامات المورد السابقة، يقع على عاتق المستهلك الإلكتروني التزام بالوفاء الإلكتروني (المطلب الأول) والتزام بتسلم المبيع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التزام المستهلك الإلكتروني بالوفاء

إن أداء المقابل في عقود التجارة الإلكترونية قد يتجاوز الطرق التقليدية، إذ يمكن أن يتم تسليم المقابل بأحد طرق الدفع الإلكتروني.

ووعيا بأهمية العمل بنظام الدفع الإلكتروني تحسبا لانضمام الجزائر مستقبلا إلى منظمة التجارة العالمية واتجاهها نحو اقتصاد السوق، كرس المشرع الجزائري نظام الدفع الإلكتروني على مراحل (الفرع الأول)، الذي يتم من خلال فضاء معلوماتي مفتوح ما يجعله عرضة لجملة من المخاطر التي تواجه استقرار المعاملات التجارية الإلكترونية (الفرع الثاني)، وللسيطرة على هذه المخاطر قدم التطور التكنولوجي في مجال المعلوماتية حلولا تتمثل في برامج مؤمنة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مراحل تكريس نظام الدفع الإلكتروني في القانون الجزائري

يكتسي العمل بنظام الدفع الإلكتروني أهمية كبيرة في الواقع العملي، حيث يتسم استخدامه بالسهولة والسرعة في تسوية المعاملات التجارية الإلكترونية، ويتلاءم وطبيعة التجارة الإلكترونية التي تتم في بيئة غير مادية، كما يمكن هذا النظام أطراف العملية التجارية من نقل النقود دون الرجوع للمستندات أو الدعامات الورقية المكتوبة وإنما بوسائل تسوية تتم عن طريق ذبذبات إلكترونية يمكن قراءتها عبر وسائل إلكترونية معدة لهذا الغرض، كما أن وسائل الدفع الإلكتروني تمكن عملاء البنوك من شراء احتياجاتهم من السلع والخدمات وسحب مبالغ نقدية وفق منظومة متكاملة ما يؤدي إلى تقليل التكاليف وتحقيق الفائدة لكافة أطراف العملية.

تحسبا لانضمام الجزائر إلى منظمة التجارة العالمية ووعيا منها بأهمية العمل بنظام الدفع الإلكتروني لمواكبة للتطورات التكنولوجية العالمية ونتيجة لاتجاهها نحو اقتصاد السوق، وافق البرلمان الجزائري بموجب القانون رقم 03-11 على الأمر رقم 03-11 لسنة 2003، المتعلق بالنقد والقرض[2]، الذي تضمنت المادة 69 منه لأول مرة إمكانية الدفع الإلكتروني لما نصت على أنه: "تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل".

ثم مرّ التعامل بوسائل الدفع الإلكتروني في القانون الجزائر تطورات على مستوى القطاع المصرفي بعد صدور الأمر 05-06، المؤرخ في 23 أوت المتعلق بمكافحة التهريب[3]، حيث استعمل هذا النص القانوني مصطلح" وسائل الدفع الإلكتروني" واعتبرها المشرع من بين التدابر والإجراءات الوقائية لمكافحة التهريب. بذلك انتقل المشرع من مصطلح "مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل الوارد في نص المادة 69 من القانون 03-15 السابق الذكر إلى مصطلح أكثر تحديدا ودقة المتمثل في "وسائل الدفع الإلكتروني" الوارد في المادة الثالثة من هذا الأمر.

1- محمد حسن رفاعي العطار، مرجع سابق، ص 132.

وبحسب المادة 351 (قانون مدني جزائري): البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي.

2- الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادي الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003، المعدل والمتمم، المتعلق بالنقد والقرض. ج.ر عدد 52 لسنة 2003 حلّ هذا الأمر على الموافقة بموجب القانون رقم 03-15 المؤرخ في 29 شعبان عام 1424 الموافق 25 أكتوبر سنة 2003. ج.ر عدد 64 لسنة 2003.

3- الأمر رقم 05-06 المؤرخ في 18 رجب عام 1426 الموافق 23 غشت سنة 2005، المتعلق بمكافحة التهريب، ج.ر عدد59 لسنة 2005. هذا الأمر عدل وتمم بالأمر رقم 06-09 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006، ج.ر عدد 47 لسنة 2006، والمواد 61 و72 من القانون رقم 06-24 المؤرخ في 6 ذي الحجة عام 1427 الموافق 26 ديسمبر سنة 2006، المتضمن قانون المالية لسنة 2007، ج.ر عدد 85 لسنة 2006، والمواد 33 و36 من الأمر رقم 10-01 المؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق 26 غشت سنة 2010، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ر عدد 49 لسنة 2010.

كما اتجه المشرع الجزائري أيضا في تطور لاحق إلى تبني نظام الوفاء الإلكتروني بمناسبة تعديل القانون التجاري سنة 2005[1] حيث أضاف بموجب هذا القانون فقرة ثالثة إلى المادة 414 المتعلقة بالوفاء بواسطة السفتجة تنص على أنه:"... يمكن أن يتم التقديم أيضا بأية وسيلة إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما"، كما تم إضافة نفس هذه الفقرة إلى المادة 502 بمناسبة تقديم الشيك للوفاء. وأضاف المشرع بموجب نفس التعديل بابا رابعا إلى الكتاب الرابع من القانون التجاري والمعنون بالسندات التجارية، وقد تضمن الفصل الثالث منه" بطاقات السحب والدفع" وذلك في المادة 534 مكرر23 وأعتبرها "أوراقا تجارية جديدة" إضافة إلى الأوراق التجارية الكلاسيكية المعروفة كالسفتجة والشيك والسند لأمر.

كما تولى المشرع الجزائري أيضا تعريف وسيلة الدفع الإلكتروني في قانون التجارة الإلكترونية، وقرر أن وسيلة الدفع الإلكتروني، هي كل وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد، عبر منظومة إلكترونية (المادة 6 البند 5). ونص في المادة 27 الموالية أنه: "يتم الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية إما عن بعد أو عند تسليم المنتوج، عن طريق وسائل الدفع المرخص بها، وفقا للتشريع المعمول به.

عندما يكون الدفع إلكترونيا، فإنه يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض، منشأة ومستغلة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر وبريد الجزائر وموصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكية.

يتم الدفع في المعاملات التجارية العابرة للحدود، حصريا عن بعد، عبر الاتصالات الإلكترونية".

وقصد تشجيع التجارة الإلكترونية نص المشرف في المادة 7 من القانون رقم 18-05 على أن: "يعفى من إجراءات مراقبة التجارة الخارجية والصرف، البيع عن طريق الاتصالات الإلكترونية لسلعة و/أو خدمة من طرف مورد إلكتروني مقيم لمستهلك إلكتروني موجود في بلد أجنبي، عندما لا تتجاوز قيمة هذه السلعة أو الخدمة ما يعادلها بالدينار الحد المنصوص عليه في التشريع والتنظيم المعمول بهما.

يجب أن تحول عائدات هذا البيع بعد الدفع إلى حساب المورد الإلكتروني الموطن في الجزائر لدي بنك معتمد من قبل بنك الجزائر، أو لدي بريد الجزائر.

يعفى من إجراءات مراقبة التجارة الخارجية والصرف شراء السلع و/أو الخدمات الرقمية الموجهة حصريا للاستعمال الشخصي من قبل مستهلك إلكتروني مقيم بالجزائر لدي مورد إلكتروني موجود في بلد أجنبي عندما لا تتجاوز قيمة هذه السلعة أو الخدمة ما يعادلها بالدينار الحد المنصوص عليه في التشريع والتنظيم المعمول بهما.

تتم تغطية الدفع الإلكتروني بمناسبة هذا الشراء عن طريق الحساب البنكي بالعملة الصعبة "شخص طبيعي" للمستهلك الإلكتروني الموطن بالجزائر.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة، عند الحاجة، عن طريق التنظيم".

ويجب أن يكون وصل موقع الانترنت الخاص بالمورد الإلكتروني بمنصة الدفع الإلكترونية مؤمنا بواسطة نظام تصديق إلكتروني، طبقا لأحكام المادة 28 من نفس القانون. كما نص نفس القانون في المادة 29 على أنه:" تخضع منصات الدفع الإلكتروني المنشأة والمستغلة طبقا للمادة 27 لرقابة بنك الجزائر لضمان استجابتها لمتطلبات التشغيل البيني وسرية البيانات وسلامتها وأمن تبادلها".

بعدما أصبحت وسائل الدفع والسداد في المعاملات الالكترونية ممثلة في النقود الرقمية تشكل حجر الزاوية لنجاح وتطور التجارة الإلكترونية، سنحاول تعريف النقود الرقمية (أولا) وبيان أنواعها (ثانيا).

أولا: تعريف النقود الرقمية الإلكترونية

النقود الرقمية تعرف بأنها المكافئ الإلكتروني للنقود التقليدية المعتاد التداول بها، بمعنى أن النقود الرقمية تحتفظ بالقيمة المالية المودعة فيها سابقا من النقود التقليدية. وتعرف شركة إيرنست أنديونغ النقود الرقمية بأنها: "مجموعة من البروتوكولات والتواقيع الرقمية التي تتيح للرسالة الإلكترونية أن تحل فعليا محل تبادل العملات التقليدية".

[1]- القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج.ر. عدد 11 لسنة 2005.

إذا النقود الرقمية الإلكترونية، هي النقود التي تحولت بفضل المعالجة الرقمية إلى أرقام أو معلومات أو معطيات من خلال تسجيل معلومات البطاقة البنكية على الكمبيوتر المتصل بشبكة الانترنت تأخذ شكل الرسالة الإلكترونية، فتصبح تلك النقود نقودا رقمية تؤدي غالبية الوظائف التي تقوم بها النقود باستثناء السحب، أي بمعنى أن تلك الأرقام تعبر عن قيمة نقدية حقيقية ومحددة مخزونة في تلك البطاقة تصلح كوسيلة للوفاء أو التبادل المالي[1]، فعلى سبيل المثال هناك الكثير من المكتبات في الجامعات توفر آلات لنسخ الأوراق تحت تصرف الطلبة والأساتذة، هذه الآلات تعمل من خلال إدخال بطاقات بلاستيكية تحتوي شريط مغناطيسي من الخلف، وهي أحد أنواع النقود الإلكترونية وأثناء كل مرة يقوم الطالب أو الأستاذ بنسخ ورقة، فإن آلة النسخ تقتطع كلفة الاستنساخ لكل ورقة بصورة تلقائية، و إذا قاربت قيمة البطاقة من الإنهاء فإنه بوسع المستخدم أن يدخل هذه البطاقة في آلة أخرى ويضع عملات نقدية معدنية أو ورقية في تلك الآلة من أجل زيادة محصلة في البطاقة، حيث تقوم البطاقة بتخزين قيمة ذلك النقد في البطاقة مما يمكنه من استعمالها مرة أخرى وفق القيمة النقدية المخزنة فيها[2].

أيضا هناك من يعرف النقود الرقمية بأنها: "سلسلة الأرقام التي تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو البنوك الافتراضية لمودعيها".

ثانيا: أنواع النقود الرقمية

النقود الرقمية متعددة الأنواع والأشكال، لذلك نكتفي بذكر البعض منها فقط، فيما يلي:

أ- النقود البلاستيكية (البطاقة البنكية)

ظهرت النقود البلاستيكية بتطور شكل ونوعية النقود، وهي بطاقة بلاستيكية مغناطيسية يصدرها البنك لصالح عملائه للتعامل بها بدلا من حمل العملة سواء كانت نقود ورقية أو نقود معدنية، ومن أشهر هذه النقود البلاستيكية: بطاقة الفيزا وبطاقة الماستر كارد **CARD MASTER**، وبطاقة الأمريكان إكسبريس **VISAEXPRESS NACREAM**.

يستطيع حامل البطاقة استعمالها في شراء معظم احتياجاته، أو أداء مقابل ما يحصل عليه من خدمات دون حاجة لحمل مبالغ كبيرة من الأموال[3]، وهي بطاقات مستطيلة من البلاستيك تحمل اسم المؤسسة المصدرة لها وشعارها وتوقيع حاملها، وبشكل بارز على الوجه بالخصوص رقمها، واسم حاملها، ورقم حسابه، وتاريخ انتهاء الصلاحية.

يمكن تصنيف هذه النقود البلاستيكية إلى بطاقات الوفاء (الدفع) وبطاقات الصرف البنكي، وبطاقات الشيكات، وبطاقة السحب الآلي، وبطاقات الانترنيت وبطاقة الائتمان[4].

- بطاقة الدفع (الوفاء)[5]

تعتبر بطاقة الدفع كل بطاقة صادرة من البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل الأموال (المادة 543 مكرر23 قانون تجاري جزائري).

يبدو أن المشرع الجزائري من خلال هذا النص، تناول بطاقة الدفع بالتعريف دون أن يتدخل في تنظيمها ليفتح المجال للمؤسسات المالية المختصة في إصدارها، كالبنوك أو مصالح البريد. وتصدر هذه البطاقات حسب التطور الحاصل في البيئة التجارية والمصرفية، وهذا ما أكدته المادة 71 من الأمر السابق المتعلق بالنقد والقرض: "لا يمكن المؤسسات المالية تلقي الأموال من العموم، ولا إدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف زبائنها. وبإمكانها القيام بسائر العمليات الأخرى."

تخول هذه البطاقة لحاملها سداد مقابل مشترياته من سلع، حيث يتم تحويل ذلك المقابل من حساب حاملها إلى حساب التاجر، ولا تكن هذه البطاقة ائتمانية عندما تحمل تعهدا من البنك مصدر البطاقة بتسوية الدين بين حامل البطاقة والتاجر وإن كان هناك رصيد دائن لحامل البطاقة.

---

[1]- عوجو يمينة، المرجع السابق، ص267.

[2]- محمد فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 105.

[3]- محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص 140.

[4]- أحمد أمداح، التجارة الإلكترونية من منظور الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة 2005-2006، ص 83.

[5]- عرفها المشرع الفرنسي بأنها أداة تصدر من إحدى مؤسسات الائتمان أو الجهات المنصوص عليها في المادة 8 من القانون رقم 84-46، الصادر في 01/24/ 1984 والخاص بنشاط ورقابة مؤسسات الائتمان، وتسمح لحاملها بسحب أو تحويل النقود من حسابه.
جهاد رضا الحباشة، الحماية الجزائية لبطاقات الوفاء، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 24

وفي الجزائر تصدرها البنوك دون البريد الجزائري، فهي تقدم للعميل بعد أن يقوم بفتح حساب لدى البنك وإيداع فيه مبلغ مالي محدد عندئذ تصبح تلك البطاقة أداة لوفاء ما عليه من ديون، أي تمكنه من الوفاء بقيمة السلع والمشتريات والخدمات بدلا من الوفاء النقدي[1]، ومن أمثلة هذا النوع من البطاقات، البطاقة الزرقاء الفرنسية التي يتم التأكد من صلاحيتها بتمريرها على جهاز خاص مهمته الإطلاع على صحة بيانات البطاقة مع التأكيد على وجود الرصيد الكافي لسداد المعاملة.

كما يتم الوفاء عن الطريق هذا النوع من البطاقات بواسطة تقديم العميل بطاقة التاجر الذي يأخذ جميع بياناتها بالتفصيل ويدونها عنده، ثم يصدر التاجر فاتورة بقيمة السلعة أو الخدمة من ثلاث نسخ يوقع عليها العميل، وترسل إحدى هذه النسخ للجهة مصدر البطاقة والأخرى للعميل والأخيرة يحتفظ بها التاجر[2].

- بطاقة الائتمان

تمنح هذه البطاقة لعميل المصرف ائتمانا حقيقيا، وهي في حقيقة الأمر حساب جاري مدين لحاملها، بحيث يستطيع العميل شراء مستلزماته حتى وإن لم يكن رصيده دائنا في ذلك الوقت ويتم التسديد لاحقا[3]، وعادة تتضمن العلاقة بين العميل و المصرف تنظيما للتسهيلات الائتمانية المقدمة للعميل وشروط هذه التسهيلات، سواء من حيث فترة السماح التي يبدأ الخصم بعدها من حساب العميل و الاتفاق على الحد الأقصى للمبالغ المسموح باستخدامها ومواعيد الوفاء بها؛ فالبنوك لا تمنح هذه البطاقة إلا بعد التأكد من ملاءة الزبون أو الحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية كافية.

- بطاقات الشيكات

يتعهد فيها البنك بسداد الشيكات التي يحررها العميل بشروط معينة[4]، حيث يصدر البنك هذا النوع من البطاقات لعملائه حاملي الشيكات، ويضمن البنك بهذه البطاقة الوفاء في حدود معينة بقيمة الشيك الذي يصدره حاملها، وعليه يتعين على حامل البطاقة عند سحب الشيك لأحد التجار إبراز البطاقة وتدوين رقمها على ظهر الشيك، وعلى التاجر أن يتحقق بطبيعة الحال من مطابقة البيانات المدونة على البطاقة مع البيانات المدونة على الشيك[5].

- بطاقة السحب الآلي

بطاقة السحب الآلي تمكن اصحابها من سحب النقود من جهاز الصراف الآلي بحد أقصى متفق عليه، حيث يتم إدخال البطاقة في الجهاز مع إدخال الرقم السري المتكون غالبا من أربعة أرقام باستعمال لوحة مفاتيح جهاز الصرف الآلي التي تظهر على الشاشة، كما يستطيع بواسطتها تحديد المبلغ المراد سحبه، ثم الحصول عليه أوتوماتيكيا، وعلى إثرها يحرر جهاز الصرف الآلي كشف الحساب بالأموال المسحوبة من قبل العميل مبينا فيها مكان وتاريخ السحب، ويتم أيضا خصم المبلغ المسحوب من حساب العميل أوتوماتيكيا[6].

- بطاقة الصرف الآلي

يطلق عليها بطاقة الصراف الآلي وأيضا بطاقة الصرف الشهري، وتختلف هذه البطاقة من بطاقات الائتمان في أن السداد يجب أن يتم بالكامل من جانب العميل خلال الشهر الذي يتم فيه السحب، ومدة الائتمان في هذه البطاقة لا تتجاوز شهرا واحدا[7].

- بطاقة الانترنت

هي بطاقة لا تستعمل في عملية الشراء مباشرة، وإنما يقتصر استعمالها على الشراء أو التسوق عبر الانترنيت، وهي محددة بقيمة مالية صغيرة نسبيا مما يقلل من المخاطر التي يتحملها مستخدم البطاقة، إذا ما تم التعرف على رقم البطاقة السري وتم استخدمها من طرف الغير.

يستطيع العميل بواسطة هذه البطاقة شراء أي سلعة أو خدمة يريدها من أي موقع على شبكة الإنترنيت يقبل التعامل بمثل هذه البطاقات.

---

[1]- جوجو يمينة، المرجع السابق، ص 282.

[2]- أحمد أمداح، المرجع السابق، ص 83 و84.

[3]- من هنا يظهر الفرق بين بطاقات الوفاء وبطاقات الائتمان، فالأولى لا يستطيع العميل استعمالها إلا إذا كان رصيده دائنا، أما البطاقة الثانية فلابد من فتح حساب جار مدين للعميل يتم فيه قيد جميع الحسابات، بحيث يتقاضى المصرف فوائده على رصيد الحساب المدين وحتى السداد التام.

[4]- محمد حسن الرفاعي العطار، المرجع السابق، ص 140.

[5]- أحمد أمداح، مرجع سابق، ص 84.

[6]- يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، طبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 90.

[7]- محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص 144.

توجد بعض المواقع على شبكة الإنترنيت تقدم خدمة مشابهة للخدمة التي تقوم بها هذه البطاقة، يقوم فيها العميل بفتح حساب خاص له على أحد المواقع بمبلغ صغير وبعد قبوله يتم تسجيله ضمن عملاء الموقع، يحدد العميل لنفسه اسم للاستخدام وكلمة المرور السرية، بعدها يمنح له رقم حساب خاص به يمكن استعماله في المشتريات عبر الانترنيت لمدة معينة تنتهي بانتهاء تاريخ صلاحية الحساب[1].

ب- المقاصة الإلكترونية

إن الوفاء الحاصل عن طريق الشيكات والكمبيالات يتم عن طريق المقاصة الإلكترونية كنقود رقمية والمقاصة الإلكترونية، هي إجراء يتم فيه تصوير الشيكات والكمبيالات بطريقة إلكترونية ما بين البنوك عن طريق البنك المركزي وعن بعد، باستخدام شبكة خاصة تكون غالبا شبكة مشتركة تملكها مجموعة من البنوك لإجراء تلك المقاصة الإلكترونية. وبهذا فالمقاصة تعني مقاصة الديون فيما بين البنوك عندما تكون دائنة ومدينة تجاه بعضها البعض.

في الجزائر، تم تنظيم المقاصة الإلكترونية من قبل بنك الجزائر بموجب التنظيم المؤرخ في 15 ديسمبر 2005، والذي سمح بالعمال بالمقاصة الإلكترونية مابين البنوك فيما يتعلق بالشيكات والأوراق التجارية الأخرى مثل الكمبيالات والسندات التي تقل قيمتها عن000 000 1 دج.

يتم تشغيل نظام المقاصة الإلكترونية بين البنوك الجزائرية، بواسطة الشركة الجزائرية المتخصصة في مجال الوساطة والتعاملات البنكية الآلية المسماة ساتيم (SATIM)، والتي بدأت في مشروع إعداد بنية تقنية لإنشاء أرضية تكنولوجية للدفع المالي عبر شبكة الانترنت لزبائنها الحاملين لبطاقات بنكية، وتقوم شركة SATIM بالإشراف وبمراقبة مركز المعالجة النقدية بين المصارف، وتعمل على ربط مراكز التوزيع مع مختلف المؤسسات المشاركة لوظيفة السحب النقدي، فيتولى هذا المركز ربط الموزع الآلي بمقدم الخدمة بواسطة خطوط عبر الشبكة الوطنية ومركز للاعتراض على البطاقات الضائعة، أو المسروقة، أو المزورة[2].

ج- التحويل الإلكتروني

هذه الطريقة تمكن من تحويل مبلغ معين من حساب المدين إلى حساب الدائن دون اللجوء إلى استعمال بطاقات الدفع، فالعملية تتم مباشرة عبر الشبكة الإلكترونية، حيث أن أمر الدفع تملكه الجهة التي تقوم على إدارة عملية الدفع الإلكتروني، ومن أمثلتها استعمال الوسائط الإلكترونية المصرفية التي يستطيع بموجبها الزبون أن يطلب من البنك تحويل مبلغ من المال إلى رصيد البائع مقابل الخدمة أو السلعة التي اشتراها عبر الإنترنيت، فيتم الاتصال بالبنك بواسطة الهاتف المصرفي.

وتتيح بعض المواقع على الانترنيت إمكانية تحويل الأموال عبر الشبكة، كموقع**Moneybookenscome**، حيث يقوم المحول بملأ استمارة على موقع بنكه يدون فيها كل المعلومات الخاصة به و بحسابه من اسم و لقب و رقم الحساب والرقم السري، ليقوم بعد ذلك البنك بتحويل المبلغ عن طريق قيده آليا من حساب المحول، وغالبا ما يكون المحول مدينا إلى حساب المحول له و هو الدائن.

وقد يتم التحويل المالي عبر البنوك الوطنية، أو عبر البنوك الدولية، وبهذا الصدد تعد شركة ويسترن يونيون **Western Union**، أكبر شركة توفر خدمات إرسال و استلام الحوالات المالية الفورية في أنحاء العالم.

هذه الشركة متواجدة في الجزائر منذ 19 ماي 2001، حيث توفر خدماتها عن طريق مصلحة بريد الجزائر، والبنوك الجزائرية، والبنوك الأجنبية المعتمدة في الجزائر من قبل بنك الجزائر.

ح - الشيك الإلكتروني

تعتمد هذه الشيكات على وجود وسيط بين المتعاملين يطلق عليه جهة التخليص **Clearing House**، وغالبا ما يكون البنك، حيث يتم فتح حساب وتحديد التوقيع الإلكتروني للعميل، يقوم المشتري مثلا بتحرير الشيك مذيلا بتوقيعه الإلكتروني ويرسله بالبريد الإلكتروني المؤمن إلى البائع الذي يوقعه كمستفيد إلكتروني، ثم يقوم بإرساله إلى البنك الذي يتولى مراجعته ويخطر كل من الطرفين بتمام إجراء المعاملة المصرفية، أي خصم الرصيد من المشتري وإضافته إلى حساب البائع[3].

---

[1]- أحمد أمداح، المرجع السابق، ص 85.
[2]- حوحو يمينة، المرجع السابق، ص271.
[3]- أحمد أمداح، المرجع السابق، ص 90 و91.

الفرع الثاني: أخطار الدفع الإلكتروني

بما أن الدفع الإلكتروني يتم من خلال فضاء معلوماتي مفتوح، فإنه يكون عرضة لجملة من الأخطار التي تواجه أي معلومة من المعلومات الرقمية، وهذه المخاطر قد تزداد أو تقل في ضوء ما يتوفر من إمكانات حول سرعة اكتشافها والسيطرة عليها، وتطرح هذه المتغيرات أمام المؤسسات المالية مشكلات في كيفية التعرف على المخاطر وإدارتها[1]. هذه الأخطار تنقسم إلى أخطار العامة (أولا) وأخطار تقنية (ثانيا).

أولا: الأخطار العامة

يقصد بالأخطار العامة الأخطار الطبيعية، مثل الحريق، والكوارث الطبيعية، أو الأخطار العادية المألوفة كانقطاع التيار الكهربائي، أو انقطاع خدمة الاتصال بالشبكة، ويتعين على البنوك الإلكترونية مواجهة الأخطار الطبيعية أو الأخطار العامة من خلال توفير الموارد المالية اللازمة من إيجاد أجهزة كهربائية بديلة وإجراء اختبارات استعادة النشاط الكهربائي والاتصالي باستمرار، وإعداد خطة طوارئ[2].

ثانيا: الأخطار التقنية

تتميز عمليات الدفع الإلكتروني بإمكانية اختراقها من طرف قراصنة شبكة الانترنت، وذلك إما بدافع السطو على البيانات الرقمية، أو تدميرها، أو تحريفها؛ لذلك فإن الدفع الإلكتروني يكون مصحوبا بوسائل أمن فنية من شأنها تحديد هوية الأطراف، فيتم ذلك بطريقة مشفرة باستعمال برنامج معد لهذا الغرض، بحيث لا يظهر الرقم البنكي على شبكة الواب، كما يتم عمل أرشيف للمبالغ التي يتم السحب عليها، مما يسهل الرجوع إليه.

ولتفادي تداول البيانات على الشبكة تم ابتكار نظام للوفاء يقوم على فكرة الأجهزة الوسيطة بإدارة عمليات الدفع لحساب المتعاقدين، وذلك بتسوية الديون والحقوق الناشئة عن التصرفات التي تبرم بينهما.

الفرع الثالث: الأنظمة التقنية للوفاء الإلكتروني

يقدم التطور التكنولوجي في مجال المعلوماتية كل يوم حلولا للسيطرة على المخاطر المذكورة سابقا، بدأ باستعمال كلمة السر (**Password**) إلى الرقم الشخصي (**Personal code** أو **Personal number**) إلى برامج مؤمنة (**Secure programs**) إلى الحوائط النارية الأمنة (**Top-grade firewall**)[3] المستخدمة في تأمين الشبكات ومنع الاتصالات الخارجية المشكوك فيها من الوصول إلى داخل المواقع المقصودة، فضلا عن قيامها بغربلة الاتصالات الخارجية لبعض الخدمات المتوفرة على الشبكة الدولية.

كما تم اعتماد تقنية أخرى في العديد من الدول التي تسعى لزيادة تعاملاتها التجارية، وهي تقنية التوقيع الإلكتروني الذي يعد أبرز وسيلة لتأمين المعاملة الإلكترونية، حيث يوفر موثوقية مصدر المعلومة و سريتها وسلامتها من بداية إرسالها إلى غاية وصولها. وأهم صور التوقيع الإلكتروني وأكثرها انتشارا تتمثل في التوقيع الرقمي والبيومتري، وقد سبق ذكر ذلك. بهذا الصدد حاولت البنوك رفع مستوى تأمينها باللجوء إلى نظام خاص بالوفاء المالي عبر مواقعها على الشبكة منعا للاختراق والقرصنة باللجوء إلى وسيط ضامن موثوق به ليضمن سلامة الوفاء المالي مع ضمان صحة المعلومات الصادرة عن البطاقة البنكية، وذلك باعتماد أنظمة موثوق بها، ومن أبرز هذه الأنظمة على سبيل المثال: نظام الشبكات الافتراضية، ونظام نت سكيب، ونظام الخصوصية القوية **PGP**.

1- نظام الشبكة الافتراضية Virtual network

يعتمد نظام الشبكة الافتراضية على إنشاء شبكة افتراضية خاصة بالمستخدم (**A virtual *private* network**)، الذي يتعامل عبر شبكة الإنترنت يقوم بتخصيصها له، ويكون ذلك من خلال تزويده بالاحتياطات التأمينية المطلوبة لإرسال و استقبال البيانات و المعلومات بشكل آمن بواسطة تشفير جميع البيانات أثناء سير المعلومة من نقطة الإرسال إلى غاية نقطة الاستقبال، فيتم ربط أجهزة المستخدم، أي المؤسسة المتعاملة بشبكته وهي في الغالب شبكة محلية الذي يرمز لها ب **LAN**، بشبكة الإنترنيت العالمية عبر قنوات خاصة تسمى **Tunnel**.

1- علي عبد الله شاهين، نظم الدفع الإلكتروني ومخاطرها ووسائل الرقابة عليها، دراسة تطبيقية على بنك فلسطين، مجلة جامعة الأزهر، عدد 1 سنة 2010، ص 15.

2- جوجو يمينة، المرجع السابق، ص 288.

3- علي عبد الله شاهين، المرجع السابق، ص 15.

وعند إبرام عقد البيع الإلكتروني غالبا ما يتصل المشتري بالشبكة التي تمكنه بعد ذلك بكلمة السر التي يحتفظ بها للتعامل مع الشركة. لكن بالنسبة لدفع ثمن السلعة أو الخدمة، فإنه يمنح له رقما سريا آخر عبر الهاتف يستخدمه عند الوفاء عبر الإنترنت، أي يستعمل كودا خاصا يسمح للبائع بالتحقق من البيانات الصحيحة الخاصة بالبطاقة البنكية من خلال تلك الشبكة الوسيطة الافتراضية[1].

2- نظام تنسكيب Netscape أو SSL

يعد نظام تنسكيب المعروف أيضا ب **SSL**، الذي يشمل على طبقات أمنية للمعلومات، أحد البروتوكولات التأمينية المبتكرة من قبل شركة نت سكيب الأمريكية عام 1995 بالتعاون مع الشركة البنكية الأمريكية ماستر كارد.

نظام نتسكايب لقي نجاحا واسعا في الوفاء المالي عبر الشبكة، حيث أنه بفضل هذا النظام يتم تشفير كل البيانات الصادرة عن نوافذ الشبكة أو ما يسمى ببرنامج التصفح، والمواقع المتواجدة عبر الشبكة (**serres**)، فعند إرسال البيانات الخاصة بالبطاقة البنكية يستطيع المشتري استعمال الطريقة الآمنة للقيام بعملية الوفاء على ذلك الموقع بفضل ظهور مفتاح مقفل يظهر على الركن الأيسر لشاشة الكمبيوتر، كما يتغير مقر المعلومات من **phtt** إلى **phtts** مما يبين أن بروتوكولات **SSL** هو المستخدم بين برنامج التصفح وخادم الشبكة عندما تشفر كل المعلومات الخاصة بالعملية التعاقدية بما في ذلك المعلومات الخاصة بالبطاقة البنكية عبر قنوات الاتصال المؤمنة. ورغم أن هذا النظام أكثر انتشارا في العالم، إلا أن أهم ما يعاب عليه هو أن أرقام البطاقة البنكية الخاصة بالمشتري تخزن على نظام آلي ما يعرضها لأن تكون عرضة للوصول إليها من قبل الغير، بمعنى آخر أن هذا النظام يقوم بتأمين قنوات الاتصال دون حماية البيانات المنقولة، مما أدى بشركة نتسكيب إلى استعمال بروتوكول آخر يعمل معها في نظام تأمين البيانات في حد ذاتها عند انتقالها وهو بروتوكول**Secure hyper text transport** [2].

3- نظام الخصوصية القوية PGP

يحقق هذا النظام سرية المعاملة من خلال تشفير الرسالة وما تتضمنه من معلومات مالية، حيث يكفل درجة عالية من الأمان والحماية وبالخصوص حماية الرسائل الإلكترونية للبريد الإلكتروني الخاصة بالأفراد، حيث يتم تشفير كل المعلومات المتواجدة في الرسائل الإلكترونية[3]، باستخدام تقنية المفتاح العام وكذا المفتاح الخاص.

وما يتميز به هذا البرنامج هو سهولة استخدامه مع قوته دون اختراق بيانات الرسالة الإلكترونية. وقد طور زيمارمان **ZIMMERMANN** هذا البرنامج، الذي يعتمد على تقنية التشفير بالمفتاح العام والخاص وعرضه على مستخدمي الانترنيت مجانا حيث يمكن تعبئته واستعماله من قبل الجميع حرصا منه على احترام الحياة الخاصة للأفراد.

المطلب الثاني: التزام المستهلك الإلكتروني بتسلم السلعة

إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسليم المبيع يجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم، هذا ما قضي به نص المادة 394 من القانون المدني الجزائري، وهو ما يعني أن واقعة التسلم تخضع لاتفاق الطرفين أولا ثم لأحكام التعامل ثانيا.

وفي البيع عبر الانترنت، نظرا لطبيعته الخاصة التي سبق ذكرها، نص في اتفاقية فيينا للبيع الدولي لسنة 1980 على أن التسليم والتسلم ما هو إلا وجهان لعملة واحدة.

---

[1]- حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 290.
[2]- حوحو يمينة، مرجع سابق، ص 292.
[3]- محمد حسن رفاعي عطار، المرجع السابق، ص185.

ويترتب على التسليم الناقل انتقال تبعية الهلاك للمستهلك، حيث يعتبر الاستلام الناقل للبضاعة هو استلام حكمي للمستهلك، وكذلك فإنه بمجرد أن يقوم الناقل باستلام المبيع من التاجر لتسليمه بعد ذلك للمستهلك تنتقل منذ هذه اللحظة تبعية الهلاك، وقد يتفق على أن يتحمل البائع مخاطر النقل، وفي هذه الحالة يلتزم بتعويض العميل، أما إذا تم الاتفاق على أن يتحمل المشتري مخاطر النقل فعلى البائع أن يرسل اعتراقا مسببا للناقل خلال مدة ثلاثة أيام محسوبة من وقت التسليم، وهذا طبقا للمادة 11 من اتفاقية فينا[1].

أوجب نص المادة 17 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري على المورد الإلكتروني أن يطلب من المستهلك الإلكتروني توقيع وصل استلام عند التسليم الفعلي للمنتوج أو تأدية الخدمة موضوع العقد الإلكتروني. وأكد على أنه لا يمكن للمستهلك الإلكتروني أن يرفض توقيع وصل الاستلام.

أما بخصوص نفقات التسلم فأوجبت المادة 11 من القانون السابق على المورد الإلكتروني أن يتضمن عرضه كيفيات ومصاريف وأجال التسليم. وفي حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لأجال التسليم، يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتوج على حالته في أجل أقصاه أربعة أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، دون المساس بحقه في التعويض عن الضرر. وفي هذه الحالة، يجب على المورد الإلكتروني أن يرجع إلى المستهلك الإلكتروني المبلغ المدفوع والنفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتوج، خلال أجل خمسة عشر يوما ابتداء من تاريخ استلامه المنتوج.

[1]- محمد حسن رفاعي عطار، مرجع سابق، ص 135.

الخاتمـــــة

خاتمـــــــة

اتضح لنا من خلال هذه الدراسة أن سرعة التطور التكنولوجي فرضت ظهور معاملات إلكترونية تختلف تماما في نشأتها وطبيعتها عن المعاملات التقليدية، وقد ساعد على ذلك ظهور الفضاء الإلكتروني الذي يعد الوسط التفاعلي المتميز، باعتباره يحوي شبكات للحاسوب ويحصل من خلاله التواصل الإلكتروني الذي ساهم في تمكين الأفراد من تبادل المعلومات والقيام بمختلف المعاملات عن بعد دون الحاجة للتواجد المادي للأطراف وبشكل أسرع، كما أدى هذا التحول في مجال الاتصال ونقل المعلومات إلى خلق طرق جديدة تنهي عصر الأوراق لصالح عصر الرقمنة، والتحكم في تبادل المعطيات والبيانات وتسهيل التعاملات وتحسين الخدمات.

ونظرا لاتساع دائرة المعاملات الإلكترونية في العالم أصبح من الضروري إحاطتها بنظام قانوني يتماشى وخصوصيتها، حيث سجل اهتمام المشرع الجزائري مؤخرا منذ سنة 2015 بتنظيم هذه المعاملات في مختلف الميادين بإصداره لعدة نصوص قانونية وتنظيميه تهدف إلى تنظم المعاملات الإلكترونية، سواء الإدارية أو المدنية أو التجارية، واتجه المشرع شيئا فشيئا نحو عصرنة مختلف القطاعات لتجسيد ما يعرف بنظام الحكومة الإلكترونية بالجزائر. وأبرز هذه القوانين بلا شك هو إصداره لقانون التجارة الإلكترونية سنة 2018 والذي يندرج ضمن سياسة تطوير الاقتصاد الرقمي وإرساء جو من الثقة من شأنه أن يفضي إلى تعميم وتطوير المعاملات الإلكترونية والرقمنة في بلادنا على المدى المتوسط والبعيد.

وقد مس هذا الإطار التشريعي نقاط قانونية عديدة تتعلق بالركائز الأساسية لبناء اقتصاد رقمي وطني سليم والتي تتلخص فيمن كل العقد الإلكتروني، الدفع الإلكتروني، حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، التوقيع الإلكتروني، التصديق الإلكتروني، حماية أنظمة الإعلام والإشهار الإلكتروني.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

I- المصادر

أولا- الأوامر والقوانين

- الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير سنة 1995، المتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 13 سنة 1995، معدل ومتمم بالقانون رقم 06-04، المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، ج ر عدد 15 سنة 2006.
- الأمر رقم 96-01 المؤرخ في 10يناير سنة 1996، المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، ج ر عدد 03 سنة 1996.
- القانون رقم 2000-03 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1421 الموافق 5 غشت سنة 2000، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر عدد 48 لسنة 2000.
- الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، المعدل، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43 سنة 2003.
- الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 يونيو 2003، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر عدد 44 سنة 2003.
- الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 غشت سنة 2003، المعدل والمتمم، المتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 52 سنة 2003.
- القانون رقم 03-15 المؤرخ في 29 شعبان عام 1424 الموافق 25 أكتوبر سنة 2003، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 والمتعلق بالنقد والقرض، ج.ر عدد 64 لسنة 2003.
- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر عدد 41 سنة 2004، معدل ومتمم بالقانون رقم 1-06، المؤرخ في 15 غشت سنة 2010، ج ر عدد 46 سنة 2010.

- القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج.ر عدد 11 لسنة 2005.

- الأمر رقم 05-06 المؤرخ في 18 رجب عام 1426 الموافق 23 غشت سنة 2005، المتعلق بمكافحة التهريب، ج.ر عدد59 لسنة 2005. هذا الأمر عدل وتمم بالأمر رقم 06-09 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006، ج.ر عدد 47 لسنة 2006، و المواد 61 و72 من القانون رقم 06-24 المؤرخ في 6 ذي الحجة عام 1427 الموافق 26 ديسمبر سنة 2006، المتضمن قانون المالية لسنة 2007، ج.ر عدد 85 لسنة 2006، والمواد 33 و36 من الأمر رقم 10-01 المؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق 26 غشت سنة 2010، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ر عدد 49 لسنة 2010.
- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم، للقانون المدني، ج. ر عدد 44، سنة 2005.

- القانون رقم 05-16 المؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1426 الموافق 31 ديسمبر سنة 2005، المتضمن قانون المالية لسنة 2006، ج.ر عدد 85 لسنة 2005.

- القانون رقم 05-17 المؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1426 الموافق 31 ديسمبر سنة 2005، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-06 المؤرخ في 18 رجب عام 1426 الموافق 23 غشت سنة 2005 والمتعلق بمكافحة التهريب، ج.ر عدد 02 لسنة 2006.

- القانون رقم 07-11 المؤرخ في 15 ذي القعدة عام 1428 الموافق 25 نوفمبر سنة 2007، المتضمن النظام المحاسبي المالي، ج.ر عدد 74 لسنة 2007.
- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، المعدل والمتمم، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر عدد 15 لسنة 2009.

- الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق 26 غشت سنة 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادي الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 والمتعلق بالنقد والقرض، ج.ر عدد 50 لسنة 2010.

- القانون رقم 14-03 المؤرخ في 24 ربيع الثاني عام 1435 الموافق 24 فبراير سنة 2014، المتعلق بسندات ووثائق السفر، ج.ر عدد 16 لسنة 2014.

- القانون رقم 15-03 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015، المتعلق بعصرنة العدالة، ج.ر عدد 06 لسنة 2015.

- القانون رقم 15-04، المؤرخ في 01 فبراير سنة 2015، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، ج ر عدد 06، سنة 2015.

- القانون رقم 18-04، المؤرخ في 10 مايو سنة 2018، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج.ر عدد 27 لسنة 2018.

- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو سنة 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر عدد 28، سنة 2018.

- القانون رقم 18-07 المؤرخ في 10 يونيو سنة 2018، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج.ر عدد 34 لسنة 2018.
- القانون رقم 18-09 المؤرخ في 10 يونيو سنة 2018، يعدل ويتمم القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر 35 سنة 2018.

- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (1996)، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

https://uncitral.un.org/ar/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce.

- القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 م في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية العدد 442 – السنة السادسة والثلاثون 1 محرم 1427 هـ 31 يناير 2006 م.
- قانون المعاملات الأردني رقم 85 لسنة 2001، الجريدة الرسمية الأردنية رقم 85.

ثانيا- المراسيم والمراسيم التنفيذية

- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990 المعدل والمتمم، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج ر عدد 05 لسنة 1990.
- المرسوم التنفيذي رقم 97- 142 المؤرخ في 30 أبريل سنة 1997، المحدد لكيفيات التسجيل في سجل الصناعة التقليدية والحرف، ج ر عدد 27 سنة 1997.
- المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998، المعدل والمتمم، المتضمن ضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها، ج ر عدد 63 سنة 1998.

- المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 9 ماي 2001، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات، ج ر عدد 27 سنة 2001.
- المرسوم التنفيذي رقم 05-468 المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1426 الموافق 10 ديسمبر سنة 2005، المحدد لشروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، ج.ر عدد 80 لسنة 2005.
- المرسوم تنفيذي رقم 09-110 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1430 الموافق 7 أبريل سنة 2009، المحدد لشروط وكيفيات مسك المحاسبة بواسطة أنظمة الإعلام الآلي، ج.ر عدد 21 لسنة 2009.
- المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ ،ج ر عدد 49 سنة 2013.
- المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 9 نوفمبر سنة 2013، المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك ، ج ر عدد 58 سنة 2013.
- المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 12 مايو سنة 2015، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج ر عدد 24 سنة 2015.
- المرسوم التنفيذي رقم 16-134 المؤرخ في 25 أبريل 2016، المحدد لتنظيم المصالح التقنية والإدارية للسلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وسيرها ومهامها، ج ر عدد 26 سنة 2016.
- المرسوم التنفيذي رقم 16-142المؤرخ في 5 ماي 2016، المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، ج ر عدد 28 سنة 2016.
- المرسوم التنفيذي رقم 18-112 المؤرخ في 5 أفريل 2018، المحدد لنموذج مستخرج السجل التجاري، ج ر عدد 21 سنة 2018.
- المرسوم التنفيذي رقم 19-89 المؤرخ في 5 مارس 2019، المحدد لكيفيات حفظ سجلات المعاملات التجارية الإلكترونية وطرق إرسالها، ج ر عدد 17 سنة 2019.
- المرسوم الرئاسي رقم 20-05 المؤرخ في 20 جانفي 2020، المتعلق بوضع منظومة وطنية لأمن الأنظمة المعلوماتية، ج ر عدد 04 سنة 2020.

II- المراجع باللغة العربية

أولا- الكتب

- الجمال مصطفى محمد عبد العال وعكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998.

- الدركزلي شذى سلمان، الانترنت، ثورة المعلومات والثقافة والتعليم، أفاق الثقافة والتراث، عدد 66، سنة 1997.

- العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2008.

- أبو هشيمة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة.

- أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة التاسعة عشر، العدد 3، سنة 1995.

- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت، الطبعة الأولى، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، 2002.

- أحمد رحيم أمانج، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، دار وائل للنشر، 2006.

- أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الإلكترونية، دراسة في القوانين النموذجية، دار الكتب المصرية، مصر 2008.

- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته)، دار النهضة العربية، مصر 2008.

- أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، مصر 2009.

- أحمد كمال أحمد، الطبيعة القانونية للوكيل الذكي على شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر 2017.

- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2005.

- أمل كرم خليفة، التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، مكتبة بستان المعرفة للنشر، مصر، 2013.

- أمير الطالب الشيخ التميمي، الإطار القانوني لعقود بنك المعلومات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013.

- أيمن أحمد محمد الدلوع، المسؤولية المدنية الناشئة عن التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر 2015.

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة للتراسل الإلكتروني، مجلس النشر العلمي، مطبوعات جامعة الكويت 2003.

- إبراهيم المنحى، عقد نقل التكنولوجيا، الإسكندرية، مصر 2002.

- إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2008.

- تامر محمد سليمان الامياطي، إثبات العقد الإلكتروني عبر الانترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بهجت للطباعة 2009.

- ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، ماهيته مخاطره وكيفية مواجهته، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2007.

- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2001.

- حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية 1991.

- حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شرط العقد، دار النهضة العربية، مصر 1991

- حسين عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية التي سيتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية القاهرة، مصر 2000.

- جعفر ذيب المعاني، التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014.

- جهاد رضا الحباشة، الحماية الجزائية لبطاقات الوفاء، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن 2008.

- حمدي القبيلات، قانون الإرادة العامة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2014.

- حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضاءع، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيرع، عمان، الأردن 2012.

- خالد عمر زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع المبرم عبر الانترنت، دار حامد للنشر والتوزيع عمان 2007.

- زياد خليف شداخ العنزي، المشكلات القانونية لعقود التجارة الإلكترونية من حيث الإثبات وتحديد زمان ومكان العقد، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع عمان، الأردن 2010.

- سعيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2004.

- سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان 2010.

- شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2000.

- شرفي محمد غنام، دور الوكيل الإلكتروني في مجال التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2012.

- صادق على هشام، الموطن في القانون الدولي الخاص، الفنية للطباعة والنشر الإسكندرية، مصر 1997.

- صادق هشام علي، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر 1974.

- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2006.

- عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر 2004.

- عاطف عبد الحميد حسن، وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، مصر 2008.

- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة عمان، الأردن 1997.

- عبد الباسط حاسم، إبرام العقد عبر الانترنت، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2010.

- عبد الحميد أخريف، الدليل القانوني للمستهلك (عقود الاستهلاك، البيع في الموطن، التعاقد عن بعد، العقد الإلكتروني)، الطبعة الأولى، مطبعة أميمة، الجزائر 2006.

- عبد الحميد بسيوني، أساسيات ومبادئ التجارة الإلكترونية، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2000.

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 1964.

- عبد العزيز المرسى حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض والطابع التعاقدي، دار النهضة العربية، مصر 2005.

- عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الأول، شرح قانون المبادلات التجارة الإلكترونية التونسي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر 2011.

- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، 2002.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 7، المجلد 1، العقود الواردة على العمل، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر 2004.

- عبد الله عبد الكريم عبد الله، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية على شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2009.

- عبد الهادي فوزي العوض، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر 2005.

- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009.

- علاء حسن مطلق اليميمي، حجية المستند الإلكتروني في الإثبات المدني، دار النهضة العربية، 2010.

- علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2005.

- على سيد قاسم، قانون الأعمال (وسائل الائتمان التجاري وأدوات الدفع)، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر 2000.

- علي عبد الله شاهين، نظم الدفع الإلكتروني ومخاطرها ووسائل الرقابة عليها، دراسة تطبيقية على بنك فلسطين، مجلة جامعة الأزهر، عدد 1، سنة 2010.

- علي عبد الله شاهين، نظم الدفع الإلكتروني ومخاطرها ووسائل الرقابة عليها، دراسة تطبيقية على بنك فلسطين، مجلة جامعة الأزهر، عدد1، سنة 2010.

- علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر 2008.

- قارة مولود، شكل التعبير عن الإرادة في العقود التجارية الإلكترونية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، الجزائر.

- قدري عبد الفتاح الشهاوي، قانون التوقيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر 2005.

- كوثر مازوني، الشبكة الرقمية وعلاقتها بالملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2008.

- محمد إبراهيم غازي، الحماية الجنائية للخصوصية والتجارة الإلكترونية، مكتبة الوفاء القانونية للنشر، مصر، 2014.

- محمد محمد سادات، حجية الإجراءات الموقعة إلكترونيا في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2015.

- محمد حسام لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، القاهرة 1997.

- محمد نوربهان عزالدين خطاب، التجارة الإلكترونية، القاهرة 2009.

- محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2007.

- محمد فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2002.

- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2005.

- محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2005.

- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر 2004.

- محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2007.

- محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2008.

- محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية معاشرة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجيدة للنشر الإسكندرية، مصر 2005.

- محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفون، مجلة الحقوق، العدد 1، سنة 1999.

- محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقود الميكنة المعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2002.

- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر 2004.

- محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأردني، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2005.

- منصور حاتم محسن، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 2، السنة الرابعة

- محسن عبد الحميد البيه، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة، مصر 1997/1996.

- ممدوح خيري هاشم المسلمي، مشكلات البيع عن طريق الانترنت في القانون المدني، دار النهضة العربية، مصر 2000.

- مدحت محمد محمود عبد العال، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات (المقاولة، البيع، الإيجار)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر 2001.

- مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، دار النهضة العربية، مصر 2012.

- مصطفى محمد جمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2002.

- مصطفى عبد الحميد عدوى، الوجيز في عقد الوكالة في القانون المصري والأمريكي، 1997.

- ممدوح خالد إبراهيم، العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2007.

- مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2009.

- منير محمد الجنيهي، تزوير التوقيع الإلكتروني، الطبعة الثالثة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر 2006.

- منير محمد الجنيهي، ومحمود محمد الجنيهي، النقود الإلكترونية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر 2005.

- موفق عماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بغداد، العراق 2011.

- نور الدين بن حميدوش، الإطار القانوني لممارسة الأنشطة التجارية في القانون الجزائري، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر 2015.

- نويل أسيا بروك ونبيل فرنون، ترجمة أمين الأيوبي، تعلم الانترنت في 24 ساعة، أكاديميا أنترناسيونال، بروت، لبنان 1998.

- هبة تامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية.

- وليد خالد عطيه وعباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية.

- يوسف خليل الأكبابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، مناورات التفاوض على عقود التكنولوجيا والدلائل كثيرة على انتفاء مبدأ حسن النية 1998.

- يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع عمان، الأردن 2006.

ثانيا: الأطروحات والرسائل الجامعية

- أحمد خديجي، قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري، دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر 2016.

- أحمد أمداح، التجارة الإلكترونية من منظور الفقه الإسلامي، ماجستير في الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر 2006/2005.

- أمال حابت، التجارة الإلكترونية في الجزائر، دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2015/2014.

- إبراهيم أحمد سعد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر 2006.

- بشار طلال أحمد المومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر 2003/2002.

- بلقاسم جامدي، إبرام العقد الإلكتروني، دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2014/ 2015.

- بن جبارة عباس، تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، الجزائر، 2014/2013.

- بن خضرة زهيرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر1 2016/2015.

- بوطالب زينب، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني، ماجستير، كلية الحقوق بودواو جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، الجزائر 2014/2013.

- بولعمالي زكية، مجلس العقد الإلكتروني، ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر1 2013/2012.

- حقاص صونية، حماية الملكية الفكرية الأدبية والفنية في البيئة الرقمية في ظل التشريع الجزائري، ماجستير، جامعة قسنطينة، الجزائر 2012.

- حزام فتيحة، الإثبات الإلكتروني في المسائل المدنية والتجارية، دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 2016/2015.

- حدوش رفيق، التعاقد عبر الانترنت، ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2013/2012.

- حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني(دراسة مقارنة)، دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر1 2012/ 2011.

- رحيل سمير، إثبات المعاملات الإلكترونية في القانون الخاص، مذكرة ماستر، كلية الحقوق بودواو جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 2019-2020.

- زوينة تكلين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية، ماجستير، كلية الحقوق بن عكمون، جامعة الجزائر1 2011/2010.

- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر 2005.

- سكر سليمة، عقد البيع عن طريق الانترنت ومدى حجية الإثبات الإلكتروني، ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1 2011/2010.

- شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1 2016/2015.

- عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، ماجستير، جامعة النجاح الوطنية فلسطين 2008.

- عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر 2014.

- علاء الدين محمد ذيب، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في القانون الأردني المقارن، دكتوراه، الأردن 2004.

- عيطر محمد أمين، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر I 2011/2010.

- لالوش راضية، أمن التوقيع الإلكتروني، ماجستير، جامعة مولود معمري تيزيوزو، الجزائر 2012.

- لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر I2011/2010.

- لورنسي محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دكتوراه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2005.

- مراد محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق الاتصال الإلكتروني، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس القاهرة، مصر 2007.

- مسعود بورغدة ناريمان، العقود المبرمة بواسطة الأنظمة الإلكترونية الذكية، دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر I 2017.

- مليكة مراد، طرق الإثبات بالكتابة الإلكترونية المدنية، دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بودواو جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، الجزائر 2018/2017.

- نعيمة كروش، الحماية الدولية لحقوق المؤلف من الاستغلال عبر شبكة الانترنت، دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2012/2010.

- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، ماجستير، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر 2009.

- نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الإلكترونية، ماجستير، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر 2012.

- سارة فالي، دور قانون المعاملات الإلكترونية في تفعيل الاقتصاد الرقمي، مذكرة ماستر، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة أم البواقي، 2013-2014.

ثالثا - المقالات والدراسات باللغة العربية

- الأء يعقوب يوسف النعيمي، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد 18، العدد14، 2005.

- أحمد قاسم فرج، استخدام الوكيل الذكي في التجارة الإلكترونية، دراسة قانونية مقارنة في إطار ماهيته ونفاذ تصرفاته، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد16، سنة 2017.

- إلياس ساسي، التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث، جامعة قالمة، العدد 2 لسنة 2003.

- إيناس هاشم رشيد، التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، المجلد 1 عدد2، 2009.

- حسن نوارة، الفاتورة الإلكترونية آلية لتنشيط الاستثمارات، مجلة الدراسات القانونية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر.

- حمدي محمد بارود، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، مجلة جامعة الأزهر، المجلد 12، العدد1 سنة 2010.

- خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية، مؤتمر التجارة وأمن المعلومات الفرص والتحديات، القاهرة، مصر، الفترة الممتدة من 16نوفمبرإلى 20 نوفمبر 2008.

- خطاف ابتسام وغياط شريف، توجه الجزائر نحو تطبيق الحكومة الإلكترونية عبر مشروع الجزائر الإلكترونية 2013، الواقع والتحديات، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، المجلد 11، العدد 2.

- طارق كاظم عجيل، مجلس العقد الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية، العراق 2009.

- فاطمة الزهراء ربحي تيوب، التوقيع الإلكتروني والتصديق الإلكترونيين في ظل قانون 15-04، مجلة حوليات جامعة الجزائر1، ج2، العدد 29، جوان 2016.

- فراس الكساسية ونبيلة كردي، الوكيل الذكي من منظور قانوني: تطور تقني محض أم انقلاب على القواعد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 55 يوليو2013.

- محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفون، مجلة الحقوق، العدد 1 سنة 1999.

- سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، العدد 2 لسنة 2018.

- مولاي حفيظ علوى قادري، التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، المجلة القانونية الإلكترونية، ج 1 عدد 64. www.ALKANOUNIA.Com

- ناصر حمودي، نزاعات العقود الإلكترونية، أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة المعارف، العدد 5 ديسمبر 2008.

- نوارة حمليل، التعاقد الإلكتروني، معادلة بين أحكام القانون المدني ومبدأ حرية التعاقد، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، العدد 4 سنة 2007.

- يونس عرب، حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية في القضايا المصرفية، الجزء الأول، ج 1، مجلة البنوك، الأردن.

III - المراجع باللغة الأجنبية

- ALLEN (T) et Widdison (R), Can computer make contracts?, Harvard Journal of Law and Technology, 1996.

- BEN SOUSSAN (AJ et COUSINJA), De la tradition et de la modernité de la coutume sur Internet. GAZ Pal, juin 2000.

- Bernand Beignier, La conduite de la négociation, RTD com 1998.

- Bertand Fages, Obligation et contrats Spéciaux, RTD civ n° 4, 2012.

- Corina PARASCHIV, Agents intelligents. Un nouveau commerce électronique, Paris, Hermès Lavoisier, 2004.

- Daniele Bourcier, De l'intelligence artificielle à la personne virtuelle: émergence d'une entité juridique, Droit et Société, 2001.

- David A. Szwak, Uniform Computer Information Transactions Act [U.C.I.T.A.]: The Consumer's Perspective, 63 La. L. Rev. (2002)

- Direction de l'information scientifique et technique CEA/Saclay, Rapport CEA-R-5777, Gif-Sur-Yvette, 1977.

- DUB Visson, La numérotation des personnes physiques, Thèse, Université, Paris XI, 1994.
Michel luhumbu ombra, Le défit du droit face au commerce électronique, mémoire fin d'étude au droit public, 2005, sur le site http www mémoire online com unikin.

- Eric A CAPRIOLI, Preuve et signature électronique dans le commerce électronique, Droit et patrimoine n°55 décembre 1997.

- Francois Gareil sutter, Période précontractuelle, Gaz pal, 2000.

- Fritz HOLL, The Mobile agent list, 2006.

- G; Cornu, Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, Point Delta, 2011

- Gautrais vincent, Le contrat électronique international, 2ème édition, Revue delta, Beyrouth, Liban, 2003.

- George Cornub, Vocabulaire Juridique, PUF 1996.

- Jacque Ferber, Les systèmes multi agents vers une intelligence collective, 1995.

- Jean Carbonnier, Droit civil, les obligations, PUF themis, 1985.

- Jennings, Application of intelligent agents, 1998.

- Jérôme HUET, Le commerce électronique, GAZ pal, 1996.

- KERR (L.R), Providing for autonomous electronic devices in the uniform Electronic commerce, Act-at.

- L-ASSAYA et V, Baudoin, La signature électronique par cryptographie a clé publique, J,C,P . éd 23 janv 2003 n°4.

- LAMY, Droit de l'informatique et des réseaux, 1998.

- Lionel thoumyre, L'éhange des consentements dans le commerce électronique, J C P 2012

- LUC GRYNBAUM, La preuve littérale et la signature de la communication électronique, J,C,P nov 1999.

- M.Wooldridge et Jennings, Intelligent agents: Theory and practice, knowledge engineering, Review, Vol, 10 W°, 2 Jun 1995, Cambridge University Press1995.

- MAZEUD (J) et CHABS (F), Leçons de droit civil.

- Olivier Iteau, Le contrat du commerce électronique droit et patrimoine, n°55 décembre 1997. Available at: https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol63/iss1/5

- Patrick BALDIT, Les agents intelligents: qui sont-ils? Que font-ils? Où nous mènent-ils?

- Philippe le touneau , Droit de la responsabilité et des contrats, dalloz, 2007.

- Philippe le tourneau, L'obligation de renseignement ou de conseil, dalloz 1987.

- POULLET (Y), La conclusion du contrat par un agent électronique, le temps des certitudes, Bruxelles, Bruylant, 2000.

- Tibault verbiest, La protection juridique du cyber consommateur, litec paris 2002.

- Uniform Electronic transaction ACT National conference of commissioners on Uniform state laws July 1999 www la wupenn EDU BLL ULC FRAME HTM

- UNIFORM ELECTRONIC TRANSACTIONS ACT (1999), Drafted by the NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS and by it APPROVED AND RECOMMENDED FOR ENACTMENT IN ALL THE STATES at its ANNUAL CONFERENCE MEETING IN ITS ONE-HUNDRED-AND-EIGHTH YEAR IN DENVER, COLORADO JULY 23 – 30, 1999 Copyright© 1999 By NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS Approved by the American Bar Association Dallas, Texas, February 14, 2000 1/20/00. https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-no-comments-27?CommunityKey=2c04b76c-2b7d-4399-977e-d5876ba7e034&tab=librarydocuments

- Canada's Uniform Electronic Commerce Act, available at:
http:/www.law.ualberta.ca/alric/current/euecafa.htm
- Ordonnance n° 2001 -741 du 23 Août 2001, portant transposition de directives communautaire et adaptation du droit communautaire en matière de droit de la consommation, DORF n° 196 du 25 Août 2001.
- La loi du 4 aout 1994 relative a l'emploie de la lange française.
Chambre de commerce internationale, Sentence dans l affaire n° 3131du 26 Octobre 1979.
Décision n°2004-496 du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004 relative à la constitutionnalité de la Loi pour la confiance dans l'économie numérique. https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004496DC.htm
- Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance. Source: https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1997/7/oj
- Draft Convention on the use of electronic communications in international contracts, United Nation Commission on International Trade Law, Working Group, Electronic Commerce, Forty-Fourth Session, Vienna, 11-22 October 2004, in « http://daccess-dds-ny.org/UN doc.Vo4.
- Cass civ 18 septembre 2012, La bonne foi est exigée de la part de ceux qui négocient Ceux qui négociant ont la liberté de signer ou pas le contrat.
- Cass civ 13 fevrier 2014 bull civ II N
- State Farm Mut, Auto, Ins, Co.U, Bockhost 453 F.ed 533/ 10th Cir, 1972.
البوابة الجزائرية لإنشاء المؤسسات/الضرائب/ رقم التعريف الضريبي.
/http://www.jecreemonentreprise.dz
تاريخ التصفح: الجمعة 26 مارس 2021 سا 15:40.

الفهرس

الـفـهـرس

مقدمـــة 1

فصل تمهيدي: مدخل لقانون التجارة الإلكترونية 4

المبحث الأول: مفهوم الانترنت وخصائصها 4

المطلب الأول: تعريف الانترنت وسبب انتشارها 4

المطلب الثاني: خصائص شبكة الانترنت 6

المبحث الثاني: الإطار المفاهيمي لتجارة الإلكترونية ومراحل تطور تطبيقاتها 6

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للتجارة الإلكترونية 6

الفرع الأول: تعريف التجارة الالكترونية 6

الفرع الثاني: خصائص التجارة الإلكترونية 7

المطلب الثاني: مراحل تطبيقات التجارة الإلكترونية وأشكالها 7

الفرع الأول: مراحل تطور تطبيقات التجارة الإلكترونية 7

الفرع الثاني: أشكال التجارة الإلكترونية 9

1- التجارة بين شركات الأعمال 9

2- التجارة بين شركات الأعمال والمستهلكين 9

3- التجارة الإلكترونية بين شركات الأعمال والدولة 9

4- التجارة الإلكترونية بين المستهلكين والإدارة المحلية الحكومية 9

5- التجارة الإلكترونية بين المستهلكين ومستهلكين آخرين 9

6- التجارة الإلكترونية بين شركات الأعمال أو المستهلكين أو الدولة والبنوك 9

المبحث الثالث: التطور التشريعي للتجارة الإلكترونية في الجزائر وشروط ممارستها 10

المطلب الأول: التطور التشريعي للتجارة الإلكترونية في القانون الجزائري 10

الفرع الأول: بعض النصوص القانونية المنظمة للتجارة الإلكترونية بشكل ضمني 10

الفرع الثاني: إقرار المشرع قانون التجارة الإلكترونية بشكل صريح 11

المطلب الثاني: شروط ممارسة التجارة الإلكترونية في ظل القانون رقم 18-05 12

الفرع الأول: شرط التسجيل في السجل التجاري أو سجل الصناعات التقليدية 12

أولا: تعريف سجل المعاملة التجارية الإلكترونية 12

ثانيا: شروط حفظ سجلات المعاملات التجارية الإلكترونية وإرسالها إلى المركز الوطني للسجل التجاري في ظل قانون 18-05 13

الفرع الثاني: شرط الادراج في البطاقة الوطنية للموردين الإلكترونين 14

الباب الأول: قانون العقود الإلكترونية 15

الفصل الأول: مرحلة التفاوض الإلكتروني 17

المبحث الأول: الاطار المفاهيمي للعقد الإلكتروني 17

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني وخصائصه 17

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني 17

الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني 19
أولا: العقد الالكتروني عقد مبرم بوسيلة إلكترونية 19
ثانيا: العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد 19
ثالثا: يغلب على العقد الالكتروني الطابع التجاري 20
رابعا: العقد الإلكتروني يتسم غالبا بالطابع الدولي 20
خامسا: تنوع وسائل الدفع في العقد الإلكتروني 20
سادسا: العقد الالكتروني من قبيل عقود الإذعان 21
المطلب الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود 22
الفرع الأول: تمييز العقد الالكتروني عن غيره من حيث طريقة التعاقد 22
أولا: التعاقد الالكتروني والتعاقد عن طريق التليفون 22
ثانيا: التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون 22
ثالثا: التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الفاكس والتلكس 23
رابعا: التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الكتالوج 23
الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن عقود البيئة الإلكترونية 23
أولا: عقد الإيواء 23
ثانيا: عقد الاشتراك في بنوك المعلومات 23
ثالثا: عقد إنشاء المتجر الافتراضي 24
رابعا: عقد إنشاء موقع 24
خامسا: عقد الدخول إلى الشبكة 24
المبحث الثاني: مرحلة التفاوض الإلكتروني 25
المطلب الأول: مفهوم التفاوض الالكتروني 25
الفرع الأول: تعريف التفاوض الالكتروني 25
الفرع الثالث: خصائص التفاوض الإلكتروني 27
أولا: التفاوض عقد تتوافر فيه الأركان والشروط الأساسية اللازمة لقيام أي عقد 27
ثانيا: التفاوض عقد رضائي ملزم للجانبين 28
ثالثا: التفاوض عقد تمهيدي 28
رابعا: التفاوض عقد موقت محدد بفترة المفاوضات 28
الفرع الرابع: تمييز التفاوض الإلكتروني عن الإيجاب 29
المطلب الثاني: التزامات الأطراف في مرحلة التفاوض الإلكتروني 29
الفرع الأول: الالتزامات الأساسية في مرحلة التفاوض الإلكتروني 29
أولا: الالتزام بالدخول في التفاوض 29
ثانيا: الالتزام بحسن النية في التفاوض 30
الفرع الثاني: الالتزامات التابعة لمرحلة التفاوض 31
أولا: الالتزام بالإعلام 31
ثانيا: التزام المفاوض بعدم إفشاء المعلومات السرية 41

ثالثا: الالتزام بالنصح والتحذير 42
رابعا: الالتزام بالتعاون 43
خامسا: الالتزام بحظر المفاوضات الموازية 44
الفصل الثاني: مرحلة التعاقد الالكتروني 45
المبحث الأول: وجود التراضي في العقود الالكترونية 45
المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية 45
الفرع الأول: التعبير عن الإرادة بواسطة رسالة البيانات 46
أولا: مفهوم رسالة البيانات 46
ثانيا: صلاحية رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة 48
ثالثا: إسناد رسالة البيانات والإشعار باستلامها 49
رابعا: الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة في رسالة البيانات 52
الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة بواسطة الوكيل الذكي 52
أولا: مفهوم الوكيل الذكي وخصائصه 53
ثانيا: المركز القانوني للوكيل الذكي في التعاقد 60
ثالثا: أهمية منح الشخصية القانونية للوكيل الذكي 67
الفرع الثالث: طرق أخرى شائعة لتعبير عن الإرادة إلكترونيا 70
أولا: التعبير عن الإرادة عبر البريد الالكتروني (E-Mail) 70
ثانيا: التعبير عن الإرادة عبر الموقع web sit 71
ثالثا: التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة Internet relay chat 72
رابعا: التعبير عن الإرادة عبر التنزيل عن بعد 72
خامسا: مدى جواز إبرام عقد شكلي إلكترونيا 72
المطلب الثاني: الايجاب والقبول الالكترونيين 74
أولا: خصوصيات الإيجاب الالكتروني 75
ثانيا: تمييز الإيجاب الالكتروني عما يشابهه من عروض 76
الفرع الثاني: مفهوم القبول الإلكتروني 79
أولا: الطرق الحديثة للتعبير عن القبول في العقود الإلكترونية 80
ثانيا: صلاحية السكوت للتعبير عن القبول في العقود الإلكترونية 83
الفرع الثالث: زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني 84
أولا: أهمية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني وتكييفه فيما إذا كان تعاقد بين حاضرين أم بين غائبين 84
ثانيا: أهمية تحديد مكان إبرام العقد الالكتروني 91
المبحث الثاني: المحل والسبب في العقد الالكتروني 106
المطلب الأول: المحل الوارد على المنتوجات الرقمية 107
الفرع الأول: السلع الرقمية 107
الفرع الثاني: الخدمات الرقمية 111
الفرع الثالث: شرط مشروعية محل العقد الإلكتروني 114

المطلب الثاني: حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني 114
الفرع الأول: إقرار حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد 115
أولا: مفهوم حق العدول وتمييزه عن الأنظمة القانونية المشابهة 115
ثانيا: الطبيعة القانونية لحق العدول عن العقد 120
الفرع الثاني: مجال تطبيق حق العدول وإجراءاته 122
أولا: مجال الحق في العدول والاستثناءات الواردة عليه 122
ثانيا: إجراءات حق العدول 125
الفرع الثالث: آثار حق العدول 127
أولا: آثار العدول بالنسبة للمورد الإلكتروني 127
ثانيا: آثار العدول بالنسبة للمستهلك الإلكتروني 128
الباب الثاني: إثبات المعاملات الإلكترونية وتنفيذها 130
الفصل الأول: وسائل إثبات المعاملات الإلكترونية 131
المبحث الأول: الاثبات بالكتابة الإلكترونية 131
المطلب الأول: الشروط اللازمة للاعتداد بالكتابة الالكترونية في الاثبات 132
الفرع الأول: الشروط العامة لإنشاء المحررات الالكترونية 132
أولا: أن يكون المحرر الكتابي الإلكتروني مقروءا 132
ثانيا: الاستمرارية 133
ثالثا: الثبات 134
الفرع الثاني: الشروط التقنية الخاصة بإنشاء المحرر الإلكتروني 134
أولا: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدر المحرر الإلكتروني 135
ثانيا: إعداد وحفظ المحرر الإلكتروني في ظروف تضمن سلامته 135
المطلب الثاني: حجية العقد الالكتروني 136
الفرع الأول: العقد الالكتروني الرسمي والعقد الإلكتروني العرفي 137
أولا: شروط العقد الإلكتروني الرسمي 137
ثانيا: العقد الإلكتروني العرفي 139
الفرع الثاني: التصرفات القانونية المستثناة من الإثبات الإلكتروني 141
المبحث الثاني: التوقيع والتصديق الإلكترونيين 142
المطلب الأول: تعريف التوقيع الالكتروني وصوره 142
الفرع الأول: تعريف التوقيع الالكتروني 142
أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني عند الفقه 142
ثانيا: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الدولية 143
ثالثا: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات المقارنة 144
أولا: التوقيع الالكتروني الرقمي 147
ثانيا: التوقيع باستخدام بطاقات الائتمان بالرقم السري Pin 147
ثالثا: التوقيع بالخواص الذاتية (البيومتري) 147

رابعا: التوقيع بالقلم الإلكتروني..... 148
المطلب الثاني: الشروط الواجب توفرها في التوقيع الالكتروني وحجيته في الاثبات..... 148
الفرع الأول: الشروط الواجب توفرها في التوقيع الالكتروني..... 148
أولا: تحديد هوية الشخص الموقع 148
ثانيا: التعبير عن إرادة الموقع بالموافقة على مضمون المحرر..... 149
ثالثا: إثبات سلامة المحرر الإلكتروني 149
الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الاثبات 150
أولا: شروط التوقيع الإلكتروني الموصوف 150
ثانيا: المصادقة الإلكترونية ودورها في توثيق التوقيع الإلكتروني 155
الفصل الثاني: تنفيذ عقد البيع الإلكتروني..... 160
المبحث الأول: الالتزامات العقدية للمورد الالكتروني..... 160
المطلب الأول: التزام المورد الإلكتروني بنقل ملكية المبيع 160
المطلب الثاني: التزام المورد الالكتروني بالتسليم 160
المطلب الثالث: التزام المورد الإلكتروني بالضمان..... 162
المطلب الرابع: الالتزام بضمان الخدمة ما بعد البيع 164
المبحث الثاني: التزامات المستهلك الإلكتروني..... 165
المطلب الأول: التزام المستهلك الالكتروني بالوفاء 165
الفرع الأول: مراحل تكريس نظام الدفع الإلكتروني في القانون الجزائري..... 165
أولا: تعريف النقود الرقمية الالكترونية..... 166
ثانيا: أنواع النقود الرقمية 167
الفرع الثاني: أخطار الدفع الالكتروني..... 170
أولا: الأخطار العامة 170
ثانيا: الأخطار التقنية 170
الفرع الثالث: الأنظمة التقنية للوفاء الإلكتروني..... 170
1- نظام الشبكة الافتراضية Virtual network 170
2- نظام تنسكيب Netscape أو SSL..... 171
3- نظام الخصوصية القوية PGP..... 171
المطلب الثاني: التزام المستهلك الإلكتروني بتسلم السلعة 171
خاتمـــــــة..... 173
قائمة المصادر والمراجع 174
I- المصادر..... 174
أولا- الأوامر والقوانين 174
ثانيا- المراسيم والمراسيم التنفيذية..... 175
II- المراجع باللغة العربية 176
أولا- الكتب 176

ثانيا: الأطروحات والرسائل الجامعية..... 181
ثالثا - المقالات والدراسات باللغة العربية..... 183
III - المراجع باللغة الأجنبية 184